ISSN 0353-9644

БРАНИЧ

Часопис за правну теорију и праксу
Адвокатске коморе Србије

Година CXXIV • Нова серија • Број 1–2

Београд

2011

Власник и издавач:
АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ
11000 Београд, Дечанска бр. 13/II
Телефон: +381 11/32 39 875 – Факс: 32 37 082
www.advokatska-komora.rs
Досадашњи главни и одговорни уредници:
Милан Ст. МАРКОВИЋ (1887. и 1897–1901); Ђорђе НЕНАДОВИЋ (1888–1890); Добривоје–Добра ПЕТКОВИЋ (1902–1906. и 1925–1926); Љубомир СТЕФАНОВИЋ (1927–1930); Др Обрад БЛАГОЈЕВИЋ (1931–1933); Др Видан БЛАГОЈЕВИЋ (1934); Др Радоје ВУКЧЕВИЋ (1935–1937); Владимир СИМИЋ (1938–1941); Др Александар МИКУЛИЋ (Адвокатура, 1976–1981); Горазд ОГУРЕК (Адвокатура, 1982–1984); Михаило МЛАДЕНОВИЋ (Адвокатура, 1985–1990); Мирослав ДИНЧИЋ (1991–1995); Живојин ШЕСТИЋ (1995–2002)

Главни и одговорни уредник
*
др Недељко ЈОВАНЧЕВИЋ
адвокат у Београду

Уређивачки одбор
*
Рајна АНДРИЋ, адвокат у Београду, **проф. др Момчило ГРУБАЧ**, из Новог Сада, **др Радоња ДУБЉЕВИЋ**, адвокат у Београду, **доцент др Марко ЂУРЂЕВИЋ**, Правни факултет у Београду, **Раде ЈАНКОВИЋ**, адвокат у Бољевцу, **мр Станиша ПАУНОВИЋ**, адвокат из Кучева, **проф. др Ђорђе ЛАЗИН**, Правни факултет у Београду, **Борислав РАШОВИЋ**, адвокат из Подгорице, **др Име РОКСИН (Imme Roxin)**, адвокат из Минхена, **др Слободан СТОЈАНОВИЋ**, адвокат у Београду, **Мирко ТРИПКОВИЋ**, адвокат у Београду, **Милинко ТРИФКОВИЋ**, адвокат у Земуну, **Ненад ЦЕЛЕБЦИЋ**, адвокат у Београду

Припрема за штампу: **Душан Ћасић**

Адреса редакције
*
АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ
11000 БЕОГРАД, Дечанска 13/II – Тел.: +381 11/32 39 875 – Факс: 32 37 082
БРАНИЧ излази тромесечно. Годишња претплата износи 800 динара, а појединачни број је 250 динара. Рукописи се не враћају. Сарадња у часопису се не хонорише.
Претплата: **АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ** – 11000 БЕОГРАД, Дечанска 13/II, са назнаком: *за Бранич*. Жиро-рачун број: 205-12358-68
На основу мишљења Републичког министарства за културу, број 413-00-1737/2001-04, од 21. децембра 2001. године, часопис је ослобођен од обавеза плаћања пореза на промет.
Штампано у 6.500 примерака
Штампа ЈП „СЛУЖБЕНИ ГЛАСНИК“, Београд

ISSN 0353-9644

Stamp
Bar Association of Serbia

BRANIČ

Journal of Legal Theory and Practice
of the Bar Association of Serbia

Year CXXIV • New series • Number 1–2

Belgrade

2011

Owner and publisher:
BAR ASSOCIATION OF SERBIA
11000 Beograd, Dečanska 13/11
Telephone:+381 11/32 39 875 – Fax: 32 37 082
www.advokatska-komora.rs

Previous editors-in-chief:

Milan St. MARKOVIĆ (1887 and 1897-1901); Đorđe NENADOVIĆ (1888-1890); Dobrivoje – Dobra PETKOVIĆ (1902-1906 and 1925-1926); Ljubomir STEFANOVIĆ (1927-1930); Obrad BLAGOJEVIĆ, PhD (1931-1933); Vidan BLAGOJEVIĆ, PhD (1934); Radoje VUKČEVIĆ, PhD (1935-1937); Vladimir SIMIĆ (1938-1941); Aleksandar MIKULIĆ, PhD (Advocacy; 1976-1981); Gorazd OGUREK (Advocacy; 1982-1984); Mihailo MLADENOVIĆ (Advocacy, 1985-1990); Miroslav DINČIĆ (1991-1995); Živojin ŠESTIĆ (1995-2002)

Editor-in-chief

Nedeljko JOVANČEVIĆ, PhD
Lawyer in Belgrade

Editorial Board:

Rajna ANDRIĆ, a lawyer in Belgrade, **prof. Momčilo GRUBAČ, PhD**, from Novi Sad, **Radonja DUBLJEVIĆ, PhD**, a lawyer in Belgrade, **Docent Marko ĐURĐEVIĆ, PhD**, Faculty of Law in Belgrade, **Rade JANKOVIĆ**, lawyer in Boljevac, **Staniša PAUNOVIĆ**, **M.A.**, a lawyer from Kučevo, **prof. Đorđe LAZIN, PhD**, Faculty of Law in Belgrade, **Borislav RAŠOVIĆ**, a lawyer from Podgorica, **Imme ROXIN, PhD**, a lawyer from Munich, **Slobodan STOJANOVIĆ, PhD**, lawyer in Belgrade, **Mirko TRIPKOVIĆ**, a lawyer in Belgrade, **Milinko TRIFKOVIĆ**, a laywer in Zemun, **Nenad DŽELEBDŽIĆ**, lawyer in Belgrade

Prepress: **Dušan Ćasić**

Address of the Redaction

ADVOKATSKA KOMORA SRBIJE
11000 Beograd, Dečanska 13/II – Tel.:+381 11/32 39 875 – Fax: 32 37 082

Branič is published quarterly. Annual subscription is 800 dinars, and a single issue is 250 dinars. Manuscripts are witheld. Contributions to the journal are not paid.

Subscription: **ADVOKATSKA KOMORA SRBIJE –** 11000 Beograd, Dečanska 13/II, attention: *for Branič.* Drawing account number: 205-12358-68

According to the opinion of the Ministry of Culture o the Republic of Serbia, number 413-00-1737/2001-04, of December 21st 2001, the journal is exempt from paying sales tax.

Circulation: 6.500 copies

Printed by public company „SLUŽBENI GLASNIK“, Belgrade

ВИДОВДАН, СВЕТА РЕЧ У СРПСКИМ СРЦИМА

Кад владар одбаци своју савест ради разлога државних, пречицом води земљу у пропаст.

Томас Мор

Видовдан је фиксна тачка српске историје и српске свести која нас календарски сваке године, увек изнова, подсећа на нашу прошлост. Међутим, Видовдан нам истовремено намеће и један императив успостављања природне споне са садашњошћу. Као историја он има своју објективну истину, а као сећање и завет истински мит и горостасну легенду. Видовдан се тако једино може објаснити: као спој и чудесно прожимање историје и легенде. Историја нам је потребна за фактографско разумевање догађаја, а легенда за личности које је та историја створила.

Сваке године, од Косовског боја, када се постави суштински исто животно питање опстанка за српски народ, за српску државу и за њену историју, Видовдан постаје својеврсно метафизичко упозорење свима нама – и младима и старима, обичним људима, али ништа мање ни друштвеној елити, а још више српским владарима. Од косовске битке Видовдан је отелотворење оне библијске и хамлетовске дилеме: Бити или не бити? Или, како битисати? Да ли се приволети царству небеском или царству земаљском? То је питање свих питања, најважнија дилема наше личне и колективне судбине.

У случају српског кнеза Лазара и његових храбрих ратника те дилеме није било. Били су спремни да живе и умру заједно са оним што бране и у шта верују. У њиховој свести редослед и приоритети су били у савршеном поретку. Зато је његова клетва уочи битке била сурово јасна и недвосмислена. Знали су наши преци да овоземаљски живот траје колико и лет свица у ноћи. Трен више или мање. И да је вечност у царству Божијем, али не мање и у сталном сећању свих српских поколења. Они

су се, не заборавимо, борили и за нас, за слободу свог потомства, за спас наших душа. За заједничку победу над грехом, страховима и кукавичлуком. У срцима су носили снажну, исконску љубав према роду и љубав према Богу. И та љубав их је ослободила страха од смрти и дала им духовну снагу.

Зато што нису знали за страх, како нам исповеда Ракићева видовданска химна, били су спремни за жртву. Зато што су били несебични били су саосећајни, нису се предавали угодностима овоземаљског живота, мислили су о ономе што остављају потомству. Њихова смрт је потврдила снагу њихове вере и дала сакрални печат подвигу који су изнели тог давног 28. јуна, пре више векова. Њихова смрт је била почетак легенде. Она сугестијом истинске заповести каже

Иако смо царство изгубили, душе своје немојмо губити.

И овај надвременски императив стоји пред нама данас, баш као и онда када је први пут изречен, као неписани и неумитни Канон нашег постојања кроз историју. Међутим, када говоримо о Видовдану онда се морамо вратити два века раније у српску историју, која почиње са династијом Немањића и Светим Савом. Духовну снагу да издрже сва искушења и постану већи од свих догађаја, Лазару и његовим херојским ратницима, дао је много раније Свети Сава. Овај архи-пастир нашег достојног постојања у историји, смирено је, у молитвеној тишини, и у радости стварања градио српски дух, српску цркву и снагу српске државе. Пред велике подухвате не само у цркви, већ и у дипломатији, тиховао је на Светој Гори Атонској, калећи свој дух у данонoћним молитвама.

Његов национализам није ништа друго већ његова, у венац уплетена, трострука („тројединa“) љубав према Богу, љубав према свом народу и љубав према српској држави. А Видовдан је само изданак, даљи наставак и природан след те исте недељиве љубави и природан след тог тројства.

Послушајмо зато Светог Владику Николаја Велимировића шта нам говори о узроцима и последицама Косовског боја. Он је овај преломни тренутак у нестанку српске државе, после изненадне смрти цара Душана, описао својим визионарским и сензорним слутњама, наслућујући орканску олују.

„Пре шест векова Бог је послао из Азије једно херојско племе да казни завађене и поцепане хришћане, пале моралом и интелектом... Ниједан народ тада није имао тако одређене и непоколебљиве појмове о правди и неправди, о добру и злу, о витештву и подлости, као што су Турци имали. Ниједан народ није тада стављао своја дела у зависност од Божије воље толико колико Турци. Шта вреди крити, ни један народ тада

није стајао ближе Богу од Турака. Зато је Бог и изабрао Турке да казни хришћански Балкан. Нису Турци дошли на Балкан као васпитачи... већ као огњено чистилиште.

Посматрајте браћо све велике историјске догађаје кроз тробојну призму пада, искупљења и васкрсења и разумећете их.

Варварски ислам Азије и развраћено хришћанство Европе јесу Сцила и Харибда, између којих ми, балкански хришћани никако до сад нисмо могли да превеземо свој брод слободе...“[1]

Оно што се данас, после Светог Саве, Светог Кнеза Лазара и Светог Владике Николаја са великом сигурношћу може рећи јесте да је духовни пад српског етоса довео до губљења ретко аутентичне европске државности. То је, рекли бисмо, српска трансверзала суноврата. Славо-љубље, похлепа, грамзивост, мржња, охолост и сујета, зацарили су на свим дворовима српске властеле после трагичне смрти Цара Душана. И нестала је она световна вертикала као природна последица нестанка духовне вертикале. Турци су већ била на границама Душановог царства, док се српска држава увелико крунила. Турци су зналачки осетили свој тренутак.

Наш колега, адвокат Стеван Тривунац, Богонадахнуто говори:

„Сава Немањић је за неколико векова већ био претеча европског национализма. Он је творац нашег потоњег тројства: Српски народ са српском црквом у српској држави. Он је разумео истину да ће се државе одржати само тамо где буде било свесног народа и да ће се државни суверенитет поклапати са националном свешћу народа, а не са планиметријом властеле и владара.

Лазарево опредељење за „царство небеско“ није никакав ни самоубилачки ни религиозни акт, већ реално процењивање не само тренутне ситуације већ и далеке будућности. Ваљало је изабрати начин неизбежне државне смрти: или херојску погибију на бојном пољу или поступно распадајуће трулежно одумирање кроз уговор о вазалству.

Он је предосећао да ће та трагедија српске државе и српске националне слободе на Косову за вечита времена погодити психу и машту српског народа. Да ће српски народ разумети да је државу, и с њом слободу, изгубио на сабљи, тј. борби и да их само сабљом, тј. борбом, може повратити. Да вазалство може само да продужи агонију, али не и да избегне смрт, и да та агонија, све срамнија што дуже траје, може само да нашкоди здрављу српске народне и националне мисли.

---

[1] Владета Јеротић, *Како замишљам да бих разговорао са Владиком Николајем Велимировићем данас.*, Издање Епархије Шабачко-ваљевске 1993. г.

Потоњи догађаји су му дали за право. Клеветништво његових наследника, давање српских принцеза у султанов харем, само су загађивали бистри студенац народне вере у себе и своју будућност.

Захваљујући Лазаревом опредељењу, за „царство небеско“ српско устаништво је од првог дана изградило своју идеологију и програм своје борбе у свега две речи: „Осветити Косово“. То, међутим, није значило освету у буквалном смислу те речи. „Осветити Косово“ значило је ослободити се ропства, протерати Турке, обновити српску суверену државу.

Због свега тога Косово је у свести свих поколења жива реч, бистри студенац народне вере у себе и своју будућност, живоносна духовна трансфузија.“[2]

После шест векова косовска судбина српског народа се понавља. Оловни облаци су и даље над нама. Српска држава је скраћена и осакаћена и поред свег крајње непоузданог и вербалног зарицања наших вођа. Српски дух и српски етнос се располутио на Србе који бране себе и своју угодну сталешку и грађанску позицију и Србе који се, у срцу и свести, држе Косовског завета и бране свој светосавски нуклеус. Судбинске ствари су и данас сличне онима од пре неколико векова, само сада у новој кореографији. Нема више Турака, мада и они све гласније и куражније најављују оживљавање својих корена на тлу српске државе, али нам зато европска политичка унија (намерно не кажем: Европа) здушно „помаже“ замагљујући ионако сужен видик нашим „демократским“ вођама.

Косовско питање је отворено за вјек и вјекова, како некад, тако и сада. Пред нама је исти светосавски, лазаревски, косовски, Карађорђев... вечни избор: на коју се приклонити страну?

Косовско питање је зато отворено за „вјек и вјекова“. У целом XX веку води се страшан и „невидљив рат“. Води се посебан рат, рат политички, рат дипломатски, рат медијски, рат пропагандни, рат идеја, али увек РАТ... Моралне вредности су промењене и изопачене: оно што је некад била врлина сада је, у новом поретку вредности, за осуду и подсмех. И да би се рат на Косову и за Косово добио, да би поново неки нови Турци лакше завршили посао са нашом властелом, палом и међусобно посвађаном, кренуло се са променом српског духа и српске душе.

На делу је систематска, масовна и групна психотерапија преко разноразних владиних и невладиних организација. Инфилтрати у бићу српског корпуса делују на све стране. У јавности се бране и величају искључиво српски (дакле наши) непријатељи, а сва ова церебрална и духов-

[2] *Стеван Тривунац*, адвокат, Српски народ данас, Српска мисао 1973.г.

на промена се врши на вешт, „толерантан и културан начин“. Пишу се нови уџбеници историје, велича се анационална литература, истичу се увек исте „европски оријентисане“ личности даје се значај пролазним материјалним вредностима и заговара брутални глобализам. Чак се и душевне изопачености преводе у „демократска права и слободе“. Када је реч о нашој Цркви отворено се фаворизује помодни екуменизам чиме се покушава изменити наш вековни светосавски дух са очигледним циљем да се он прогласи као „превазиђен“, и да тако постане јерес и шизма.

Све то предвидео је, још тридесетих година, можда и највећи српски књижевник модерне епохе Милош Црњански (и сам до скоро забрањиван уз етикету „народног непријатеља и политички штетног мислиоца“).

„Национализам у нас, према томе треба да је далеко од тога да мајмунише иностране покрете. Идеје које свуда око нас освајају ни ми не можемо избећи, али код нас је национални талас, још једном, не само логички завршетак досадашњих напора да се одржи јединство и држава, него и потреба и једина нада. Наш проблем није ни сељаштво ни радништво. Код нас у школованим главама постоје збрке. Метеж морала и идеја у нас, према томе, у градовима је пун туђинског елемента. Постоји потреба рашчишћавања идеја и повлачења видних, политичких линија. Наша национална идеја јединства, стапања, ослобођења од туђинског, потврђена је хекатомбама. Најбољи међу нама, већ давно, прегарали су за ту идеју. Од визије нове државе и нације се не може одустати више. Једна дубока неморалност била би у забораву национализма.“[3]

Црњански је схватио оно што и наши и његови преци. Иако песник, иако склон смелим и честим претеривањима разних врста, иако склон елитистичком одвајању од свакодневице и „општенародних проблема“, и овај уклети песник матерње мелодије савршено јасно је разумео шта нам је чинити. У његовом времену се нисмо држали видовданских поука које су нам кроз толике векове крепиле дух и спашавале душу. Да ли ћемо то умети данас јесте школско питање за цео српски народ, који полаже испит зрелости из своје нове историје. Нама остаје нада да се неће прекинути величанствена духовна нит коју оличава косовски завет и да ћемо препознати свог Спасиоца, који неће одбацити своју савест ради разлога државних.

У Београду, уочи Видовдана 2011. г.

Мирко Трипковић,
Адвокат из Београда

[3] Милош Црњански, Поговор првог броја „Идеја“ 1934. г.

Светлана Векић, руководилац службе АКС
Вељко Губерина, доајен српске адвокатуре, један од оснивача „Видовданских сусрета“
Недељко Јованчевић, главни и одговорни уредник *Бранича*
(„Видовдански сусрети”, Крушевац 2011)

САДРЖАЈ

Предговор 15

Страхиња Кастратовић
Тужни дани адвокатуре 19

ЧЛАНЦИ

Зоран Стојановић
Кривично право у доба кризе 27

Ittte Roxin
Развој судске праксе у вези са неразумно
дугим трајањем кривичног поступка, у односу на правило
„In dubio pro libertate“ 51

Слободан Бељански
Положај одбране у нацрту новог Законика о кривичном
поступку – Преимућства и замерке 77

Драгољуб Ђорђевић
Шта доноси нови Закон о адвокатури из 2011 93

Недељко Јованчевић
Новине у Закону о изменама и допунама
Закона о извршењу кривичних санкција 2011 107

Емир Ђоровић
Обележја нужне одбране у Кривичном законику Србије:
теоријски и практични аспекти 121

Ана Батрићевић
Заштитник грађана и поштовање права затвореника у
Републици Србији 135

Раде Ј. Јанковић
Рефлексија о границама делотворности модерне државе 157

Цвијетин Ђорђић
Мере принуде према лицима лишеним слободе 163

ПРИКАЗИ

Јелена Ђ. Лопичић Јанчић
Ђорђе Игњатовић и Биљана Симеуновић-Патић:
Виктимологија 173

Недељко Јованчевић
Гаврило Шћепановић, Здравко Петровић, Зоран Станковић
и сарадници, *Судско медицинско вештачење*
нематеријалне штете 177

TABLE OF CONTENTS OF BRANIČ, vol. 1-2/2011

FOREWORD, Editor-in-Chief 15

Strahinja Kastratović
Sad Days of the Law Practice 19

ARTICLES

Zoran Stojanović
Criminal Law in the Crisis Period 27

Imme Roxin
Case Law development pertaining to unreasonable length of criminal proceedings in relation to *In dubio pro libertate* principle 51

Slobodan Beljanski
Defense position in the draft of the New Law on Criminal Procedure – remarks and advantages 77

Dragomir Djordjević
What does the new 2011 Law on Law Practice bring? 93

Nedeljko Jovancević
Novelties in the Law Amending the Law on Execution of Criminal Sanctions 2011 107

Emir Ćorović
Features of Self-Defense in the Criminal Code of Serbia – Theoretical and Practical 121

Ana Batrićević
Ombudsman and respect for the Rights of Detainees in the Republic of Serbia 135

Rade Janković
Reflection on the Borders of a Modern State 157

Cvijetin Djordjić
Measures of Duress towards Detained Persons 163

REVIEWS

Jelena Dj. Lopičić Jančić
"Djordje Ignjatović and Biljana Simeunović-Patić: *Victimology*, Belgrade, 2011 173

Nedeljko Jovančević
Gavrilo Šćepanović, Zdravko Pantić, Zoran Stanković and associates, P*roviding Forensic Expert Opinion on Mental Injury* 177

ПРЕДГОВОР

„БРАНИЧ“, часопис за правну теорију и праксу (када је основан, 1887. године, бр. 1. је носио назив „Лист за правне и државне науке“[1]), коначно, почетком 2011, Министарство за нуку Републике Србије уврстило је на листу научних часописа. *Бранич*, као „Орган удружења јавних правозаступника у Србији“, излази са мањим прекидима од 1887. до 1941. године, када се због рата не појављује, али касније у новим друштвено-политичким приликама, када је коренито промењено државно уређење, тек од 1975. године излази под називом *Адвокатура.* После распада СФРЈ, 1991/92. год. вођство Адвокатске коморе Србије часопису је вратило његово матично име „БРАНИЧ“. Али, концепција часописа није установљена као приликом његовог оснивања, већ је дефинисано да то „стручно-професионални часопис, од значаја за адвокатуру и њено функционисање“[2]. Када сам обавештен да је „*Бранич*“ уврштен у листу научних часописа, речено ми је да он треба да буде бренд Србије у кругу часописа из ове области, ја сам то са задовољством примио и овакво мишљење очекивао сам и од других компетентних фактора.

На седници УО АК Србије, одржаној 10. октобра 2002. године, на предлог главног и одговорног уредника, часопис *Бранич* се одређује као *часопис за правну теорију и праксу од значаја за адвокатуру и остваривање њених функција*.[3] Часопис је постепено усаглашаван са Актом о уређењу научних часописа, квалитетом објављених радова, али првенствено чланака и коментара. Коначно смо успели да часопису *Бранич* вратимо

---

[1] Можда би требало да му вратимо изворни назив од 1887. „Бранич, лист за правне и државне науке“, јер се тиме јасније одређује концепција часописа.

[2] Правилник о часопису и другим издањима од 25. Децембра 1999. године, није јасно одредио концепцију часописа јер у чл. 3. се говори само о стручно-професионалном. Стручно би значило да се радови вежу за сва правна питања којим се адвокатура сусреће, а професионални није јасно шта се под тим жељело рећи.

[3] Чл. 3. ст. 1. Измена и допуна правилника, које су извршене, 10. 10. 2002. године. У чл. 5 Измена, одређено је да се „теоријско практична функција остварује са објављивањем чланака, коментара, приказа и других написа у којима се одређује теоријско-практична, стручна и професионална питања“.

концепцију коју је имао даном оснивања, 1887. године, тј. „лист за правне и државне науке“.

Некада давно у *Браничу* су објављивани најзначајнији научни чланци али и преводи уџбеника који су тада били водећи у Европи, од којих ћемо навести превод уџбеника чувеног професора из Берлина Алберта Фридриха Бернера, *Немачко казнено право*, *од 1906*.[4] Објављивани су и преводи аустријског и немачког Грађанског законика и др. Своје радове у *Браничу* су објављивали наши најпознатији правници из редова науке, од Јована Авакумовића, Гргура Миловановића, Божидара Марковића, Томе Живановића, Благојевића и др., а после 2002. године објављују наши најпознатији кривичари као што су проф. З. Стојановић, Ђ. Лазин, М. Грубач, и др., те адвокати, судије и тужиоци, али своје науче чланке и стручне коментаре објављивали су и студенти докторских студија, и практичари.

У часопису су континуирано биле отворене теме „законодавна динамика“ и „хашки трибунал“. Ово смо сматрали важним јер период транзиције, који нажалост код нас још увек траје, довео је до нужних промена које су биле и суштинске и бројне у готово свим законима којим се уређују привреда и друштво. Уподобљавање грађанског и кривичног законодавства тржишним условима пословања и хармонизација прописа са „законодавством Европске уније“ и ратификованим међународним документима је императив овог друштва у чему Адвокатура Србије треба да пружи значајан допринос. Питање рада и праћење рада Хашког трибунала (и поред наших бројних правника који су учествовали у раду тог суда) остало је готово непримећено, невероватно је да у нашем часопису ови правници нису донели и пренели ниједну важну поруку која би имала научно-стручни значај, иако припадају адвокатском реду у Србији. Познато је да се тамо примењују бројне теорије познате у кривично-правној догматици, првенствено немачкој, али и схватања из прецедентног права, што је био добар основ за квалитетне расправе у нашем часопису, веома значајне за адвокатски ред и уопште углед адвокатуре Србије у свету[5].

Сада када се налазимо на листи научних часописа, има основа да се потенцијални аутори јаве са својим радовима из било које области права

[4] Види, др Душана Суботића, Предговор преводу од 22. Фебруара 1908 године, *Наука о немачком казненом праву*, од 1870. Надаље, види, „Бранич“, XII, 1906, стр. 798. Општи део уџбеника превео Ђ. П. Радовановић, види фус ноту бр. 1. Предговора.

[5] Појединци из редова тих адвоката, само су се јављали ексклузивно у средствима информисања где би само промовисали себе и успут указивали на неспособност судија и на пристрасност у суђењу.

или филозофије права. То би смањило притиске из подељене адвокатуре, заборавили би на личне и партијске интересе а истакли би колегијалност и рад за опште добро и просперитет адвокатуре. Тада би адвокатура била важан фактор у фази доношења нових и измене постојећих закона, својим активностима кроз разне облике интелектуалног деловања (семинарима, округлим столовима и сл.) чиме би довели до афирмације правних установа и правног поретка у целини а тиме и правне државе. То би био најбољи пут да се друштво ослободи идеја незналих, кафанских и чаршијских правника и разних политиканата. Наравно да сама адвокатура то не може учинити, али може (због огромног интелектуалног потенцијала) дати свој значајан допринос успостављању реда и „владавине права". Треба активно подржати оне који се боре против организованог криминала, корупције и сваке друге деструкције, јер је то у коначном – интерес свих(!). Не изјашњава се Комора; о лошим системским решењима у процесу приватизације, где се створила могућност енормног богаћења разним шпекулативним радњама, о бројним сумњивим приватизацијама, и транзицији, која својим дугим трајањем доприноси да се и даље пљачка имовина која је стварана више од пола века. Никако није јасно да се адвокатура не јавља у заштиту имовинских и других грађанских права избеглих и прогнаних (којих је најмање милион у Србији) који то жељно очекују. Није све у томе да се у медијима афирмишу идеје монархије и четништва, гранд парада и разних неморалних покрета и идеја, јер тај простор у новинама и средствима информисања треба уступити науци, култури и онима који поштено раде и зарађују. Компетентни људи ће знати да кажу многе корисне ствари за друштво и државу, за рад и одговорност у раду на сваком нивоу, о човеку и његовом достојанству, које је данас тако погажено. Моралне категорије треба обновити, а то је могуће уз помоћ свих релевантних фактора у друштву а посебно, науке, упорним радом, културним опхођењем и склањањем са јавне сцене дивљих капиталиста и криминалаца који су се обогатили својим занатом, који се не придржавају ни световних ни духовних закона.

На крају овог кратког предговора, желим посебно да истакнем оне ауторе који су својим научно-стручним радовима допринели да часопис *Бранич* постане онакав какав је био од свога оснивања. Свима који су на било који начин придонели да часопис добије тако висок ниво, искрено се захваљујемо и радујемо се даљој сарадњи, ради промовисања правне мисли и унапређења БРАНИЧА.

Главни и одговорни уредник
др Недељко ЈОВАНЧЕВИЋ

УДК 347.965

Страхиња Кастратовић
адвокат из Београд

ТУЖНИ ДАНИ АДВОКАТУРЕ

Усмено излагање нестаје у заборав, зато се на њега никада не можемо ослонити. То је разлог што сам одлучио да писменом речју кажем оно што сам рекао на XV Конференцији адвоката Србије, 5. фебруара 211. године. Прави је тренутак да се изговори истина о генези сукоба који потресају већ дуже времена укупни положај наше професије.

Сваки човек је дужан због себе и других да сазна све своје мане и врлине, да открије количину свог самољубља, своју себичност, нереалне амбиције, па чак и мржњу. То може да уради само онај ко има храбрости да уђе у мрачне пределе своје душе. Ми нисмо исти унутра и споља. Наш спољни изглед у супротности је са нашим духовним вредностима, он чува наше унутрашње недостатке. Зато се међу собом и не познајемо. Сви ми живимо у заблудама да јесмо оно што нисмо. Ове субјективне обмане ослањају се на човеков страх да завири у себе самог.

Себична особа је заинтересована само за сопствени положај. Она не ужива у давању, већ само у узимању. На људе гледа са јединим циљем како да им се приближи и искористи их у задовољењу својих потреба. Цео живот им је усредсређен на размишљање ма то који је најбољи начин да своју замисао реализују. Такве људе видим у садашњем и претходном председнику УО АК Београд. Они су пуни себе. Нескромни су, заслепљени личним интересима, служе се обманама и искуствима да своје намере остваре. То су они несрећни људи који никада неће сазнати своју суштину. Заслепљени су својим нереалним уверењима да њима све припада. За сваки неуспех оптужују друге, јер не могу да виде своје грешке. При томе заборављају да они нису оно што о себи мисле. Они су оно

што о њима други мисле. Не знају да право поштовање људи око себе неће добити без обзира какав ће друштвени положај освојити. Пре или касније откриће се њихове скромне вредности, мало образовање и нескромне амбиције.

Поделе у адвокатури нису настале из различитих гледања на објективна питања наше професије, на заједничке потребе да српску адвокатуру подигнемо на оно место које јој и припада. Не боримо се за своју самосталност и поштовање. Није нам циљ да заузмемо онај друштвени положај који су одавно заузеле цивилизоване земље. Ова је криза изазвана понашањем појединаца на које сам напред указао, а који су зарад својих личних циљева у нашим редовима изазвали невиђени хаос. Дакле сукоб је настао на нивоу субјективних односа.

Узајамни односу међу нама одређују се по томе који су адвокати на страни УО АК Београда, а који су на страни УО АК Србије. Овај раскол се као талас пренео и на друге основне АК у Србији. И оне се сврставају по истом критеријуму. Сабира се и множи колико нас је на овој или оној страни, чија страна претеже ко ће бити председник УО АК, а ко председник АК Београда или АК Србије. Најзад, који је то најкраћи пут да се освоји чланство у Високом Савету Судства. У овим питањима треба тражити генезу свих наших садашњих сукоба који трају, нажалост, већ дуги низ година, али веома прикривено.

Колега Тапушковић својевремено прихвата да буде кандидат за председника АК Србије, али само под условом да буде један једини кандидат, што му адвокат Шешлија обећава. Колега Тапушковић превремено напушта место председника АК Србије, и на последње три одржане седнице председавала је адвокат Рајна Андрић, као потпредседник. Ту почињу приземне персоналне игре. Тапушковић добија место у измишљеном телу Хашког суда, што отвара посебан проблем о коме сада не бих говорио. Коначно, превремена оставка на место председника УО АК Србије има своје оправдање у материјалним интересима који се реализују пред Хашким судом. Постоји још један разлог који ћемо после пратити на телевизији. Колега Тапушковић се труди да освоји симпатије Слободана Милошевића, како би га овај прихватио за свог браниоца. То ради веома наметљиво, управо на онај исти начин на који је добио позицију браниоца оптуженог песника Гојка Ђога. Тај лукративни пренос функција пролази тада готово неприметно. Нико не уочава суштину те игре.

Тај сценарио се касније понавља. Адвокат Шешлија нерадо превремено подноси своју оставку на функцији председника АК Србије, и тај

положај касније, на једној фаталној скупштини, добија садашњи председник АК Србије колега Драгољуб Ђорђевић.

Зашто кажем да је та скупштина кључно место наших унутрашњих сукоба? Београдска АК предлаже скупштини АК Србије за председника свог председника Војкана Недића. Пре но што ће се изборна скупштина одржати започиње лов на гласаче. У томе предњачи колега Недић који је за те игре бескрајно вешт. Тим умећем он надомештава оно што му недостаје. Да нема ту вештину никада не би могао да буде председник АК Београда 8 година и да у исто време буде члан УО АК Србије, јер су та два положаја у потпуној колизији. Потом је два пута предлаган за члана Високог Савета Судства, али га Скупштина Србије из неког разлога неће. Остао му је још један положај који мора да освоји, а то је место председника АК Србије.

Адвокат Шошкић је антипод колеги Недићу у погледу ове Недићеве особине да лако манипулише са људима, чак и са онима са којима је близак. Ово размишљање најбоље илуструје организовање још једног званичног тела, које ће у ствари бити гласачка машина за Недића и Шошкића. Управни одбор АК Београда, на чијем је челу у то време био адвокат Недић формира Клуб младих адвоката. Остаје нејасно који су то интереси младих адвоката супротни интересима старих адвоката. И једни и други морају да се боре за интегритет, самосталност и углед своје професије.

Супротно очекивању и „уложеном раду“ на придобијању бирачког тела на изборној Скупштини место председника АК Србије добија колега Ђорђевић. Овај избор је критична тачка од које почињу сви наши расколи. Адвокат Недић доживљава трагично губитак на изборима, због чега у њему расте непријатељство према колеги Ђорђевићу. Нови председник АК Србије, уместо да то непријатељство игнорише, улази у директан сукоб са Недићем. Тако се Недићева мржња увећава. Недић не зна да је мржња најтежа болест наше душе. Њом су заражени они који су болесно амбициозни и бескрајно сујетни. Мржња је код неких људи неизлечива. Ти људи никада неће признати да су због ње несрећни.

Потом се ређају догађаји за догађајем. За члана Високог Савета Судства на скупштини АК Србије предложен је адвокат Шошкић. Међутим, председник АК Србије Ђорђевић ово овлашћење Скупштине да бира члана Високог Савета Судства преноси на УО АК Србије, који бира адвоката из Ниша господина Ћирића. Овај незаконити избор изазвао је предлог групе адвоката, међу којима сам и ја, да се закаже ванредна Скупштина на којој ће бити поништена одлука УО АК Србије, а потом да се на истој Скупштини, или некој другој, спроведу демократски избори, што не ис-

кључује могућност да колега Ћирић или неко други буде изабран за члана Високог Савета Судства. Адвокат Ђорђевић трпи притиске извршне власти која инсистира да опстане одлука УО АК Србије и зато на сваки начин избегава да одржи ванредну Скупштину. Наиме, заказане су све ванредне Скупштине, али због немогућности да се обезбеди кворум за њихово одржавање, управо из разлога што на исте нису приступали адвокати који су у овим поделама чували интересе АК Србије и њеног председника адвоката Ђорђевића, ванредне Скупштине нису никада одржане.

Од тада адвокат Недић добија свог новог савезника у мржњи и непријатељству према председнику УО АК Србије. У међувремену је одржана изборна Скупштина АК Београда.

На овој Скупштини за председника УО кандидован је колега Шошкић, што страствено подржава и помаже адвокат Недић. Најзад, адвокат Шошкић је изабран уз помоћ Недићевих бирача за председника АК Београда. Тако Шошкић постаје неприкосновени вођа београдске адвокатуре. За то ће нам он сам пружити материјалне доказе, недуго после оспорених избора.

Он не прихвата равноправни дијалог са равноправним члановима Управног одбора. Он очекује и тражи подршку за сваки свој предлог. Очекује безрезервно поштовање, јер нико од чланова Управног одбора нема такав углед и такво искуство. Председник УО АК Београда, жели да по сваку цену буде деспот који ће суверено да влада Управним одбором београдских адвоката. Чланови УО који му се супротставе на било који начин, истог часа постају његови непријатељи које ваља дисквалификовати. Такву „сарадњу“ не прихвата већи део чланова УО. Они о свом председнику не мисле оно што он сам о себи мисли. Они траже равноправни дијалог, без интелектуалног насиља. Тај метод ниподаштавања и нетрпељивости других чланова УО има за последицу што колега Шошкић, посве незаконито, по критеријуму послушних и непослушних избацује из УО 10 чланова. Међу ових 10 чланова УО била је и његова рођена сестричина. Иза тога следе за адвокатуру понижавајући догађаји. Физички сукоби, тужбе, кривичне пријаве, и полицијске интервенције. Ово ће све више и више срозавати углед адвокатске професије у јавности.

Није тешко открити које су скривене намере колега Шошкића и Недића, који су удружили своје интересе. Ако адвокат Шошкић буде изабран за председника АК Београда, односно ако опстане на том положају, онда ће УО АК Београда предложити Војкана Недића за председника АК Србије на новој скупштини која се приближава. Ако ове изборе Недић

добије онда ће бити поништена одлука о избору члана Високог Савета Судства УО АК Србије и у исто време Шошкић поново предложен за члана Високог Савета Судства. Да би овај циљ достигао колега Шошкић мора чврсто да влада УО АК Београда, и он то чини веома успешно. Отвара се криза у самом УО АК Београда.

На једној од скупштина Шошкић ће издиктирати имена нових чланова УО који ће ту функцију вршити до нових избора. Не улазим у анализу вредности квалитета нових чланова УО. Збуњен сам само пред једном чињеницом да је ово место прихватио један мудар, образован и по свим својим квалитетима супериоран адвокат, који у бити мисли о колеги Шошкићу исто оно што мислим и ја. Говорим о адвокату Бати Пајевићу. Тако је комплетирао УО и довео без икаквог приговора оне адвокате у чију оданост он не сумња. После извесног времена одржава се нова скупштина АК Београда. Уместо да се отворе врата младим адвокатима, адвокат Шошкић ће поново предложити за сталне чланове УО оне исте адвокате који су били извесно време само привремени чланови. На тој скупштини он коначно показује своје право лице. Нико не може да добије реч. Нико, јер „господар“ мисли да може и оно што не може. Његово понашање најбоља је слика једног осорног властодршца који ће коначно сам себе поразити. Нисмо ми оно што о себи мислимо. Ми смо оно што други мисле о нама. Ту лежи слабост Шошкићевог и Недићевог уверења. Мудар човек зна кад му је време да се повуче, да направи салдо свог живота и да види где је грешио. Мудар човек мора да схвати да старост скраћује пут до смрти.

Дуго нисам могао да схватим одакле та потреба да се по сваку цену, па чак и губитком сопственог достојанства, освоји нека од водећих функција у српској адвокатури. Због таквих људи адвокатура је данас осакаћена, последње резерве поштовања које је адвокатура имала сада су потрошене. Једини закључак који данас могу да донесем лежи у две сличне равни.

Ако сте изабрани за председника АК Београда, или председника УО АК Србије, или постанете члан Високог Савета Судства, онда сте добили оне положаје које јавност бескрајно поштује. Људи верују да ови положаји нису случајно добијени, да иза њих стоје изузетне личности. Ако је 3.000 београдских адвоката гласало за председника АК Београда, односно 7.000 адвоката Србије гласало за председника АК Србије, ако сте делегирани за члана Високог Савета Судства онда нема сумње да су најбољи и најутицајнији адвокати, управо они адвокати који покривају та значајна места. Људи верују у њихову моћ, и у њихов утицај, да по логици ствари могу најлакше да заврше њихове правне проблеме.

Ове заблуде су у јавности неотклоњиве, углед који је неосновано увећан доноси материјалне користи које нису занемарљиве. Ову бенефицију имају бивше судије, тужиоци и полицајци, који се из одређених разлога уписују у именик адвоката. Данас се више нико не пита о правим вредностима одређених адвоката, јер то више никога и не занима. Данас су људи спремни да питају колико је потребно новца издвојити да се одређена правна ствар заврши, они врло добро знају који адвокати могу да им такво обећање дају.

Председници АК прибављају клијентелу, највећим делом из оних разлога о којима сам напред говорио. Ако сте председник АК Београда онда добијате бесплатна туристичка путовања по целом свету. УО ове коморе доноси одлуку да председник коморе путује на неку адвокатску конференцију у Бразил, Париз, Рим, и да даље не набрајам, то је једини начин да се обиђе цео свет на рачун других адвоката, ако плаћају комори своје доприносе. Не улазећи да ли је лева или десна страна, бољшевици или мењшевици у праву, чини ми се да сам реално дешифровао из којих се разлога сви утркују да буду изабрани на положаје председника комора. Једини начин да мир у нашим редовима повратимо јесте да све изборе АКБ поништимо, нешто касније да одржимо нову Скупштину када се страсти стишају и на тој Скупштини изаберемо нове часнике. Овај предлог сигурно неће прихватити председник АК Београда, из страха да на новим изборима можда неће бити изабран, чиме би угрозио своју могућност да стигне до места члана Високог Савета Судства. Без обзира на ову околност догодиће се оно што се мора догодити. Колега Недић и Шошкић сами ће себе сменити, па ће тако њихов наум о коме сам напред говорио бити осујећен.

Дакле, ако се догоди оно што се мора догодити наше сукобе ћемо превазићи, и органи коморе ће се вратити на права питања од којих зависи самосталност и углед наше професије. Док се ми свађамо донета су два значајна Закона, а са њиховом садржином пре усвајања нисмо упознати. То су Закон о Нотарима, те нови Закон о извршном поступку. На предлог Закона о адвокатури су уложени амандмани од стране Одбора за правосуђе, а све у намери да адвокатске коморе постану резервна професија за бивше судије, тужиоце и полицајце. Адвокатура се мора истински осамосталити онако како то Устав Србије одређује, нисмо ми „ОУР“ Министарства правде. Ми не припадамо извршној власти, Устав и Закон о адвокатури одредио је разлоге за наше постојање. Ако је то тако, Министарство правде може да буде само предлагач овог Закона о адвокатури који сами адвокати напишу. То не значи да Министарство правде не може ставити одређене амандмане као и Скупштина Србије. Министар-

ство правде не може предложити било који нови Закон или измену постојећег Закона о адвокатури, а да пре доношења Закона не буду укључени представници АК. Процесни закони, такође, морају да садрже одредбе којима ће положај адвоката бити јасно и прецизно регулисан и које ће одговарати, оним одредбама којима је Устав Србије утемељио адвокатуру као самосталну и независну професију. Перманентна борба адвокатуре за своју слободу и самосталност јесте наш основни циљ. То је најлакше данас урадити ако се положај адвокатуре стави у онај исти положај у каквом су адвокати других европских земаља. Ово је данас par excellence политичко питање, данас када су сви напори земље окренути уласку у ЕУ. Са оваквим положајем судства и адвокатуре до Европске уније нећемо стићи, ако се ове две институције саме не побрину да добију друштвени положај који оне имају у цивилизованим земљама.

ЧЛАНЦИ

UDK: 343.2/.7(497.11)

Др Зоран Стојановић
редовни професор
Правног факултета у Београду

КРИВИЧНО ПРАВО У ДОБА КРИЗЕ

У Србији, али и у свету, данас је присутна свеопшта криза која није само економска. У раду се анализирају и преиспитују главне тенденције савременог кривичног законодавства у условима постојеће кризе. Доминантна тенденција која се јасно уочава у већини европских кривичних законодавства могла би се назвати кривичноправним експанзионизмом. Констатује се да је он данас дошао до изражаја и у српском кривичном законодавству што има негативне последице не само у легислативно-техничком, већ и у суштинском смислу. Штавише, у Србији још у већој мери него у осталим европским земљама законске одредбе обилују грешкама у законодавно-техничком смислу, а у суштинском смислу показују озбиљне недостатке који не би могли да издрже озбиљнију критику. Није потребна нека дубља анализа па да се закључи да је законодавац у Србији последњих година кренуо погрешним путем. Сама чињеница да усваја норме које су и у техничком смислу неквалитетне и пуне пропуста, као и да често мења решења у тако осетљивој области као што је кривично материјално и процесно право, говори о његовом несналажењу, па и о недовољно одговорном односу. Као пример се наводе нека решења из Закона о изменама и допунама КЗ Србије из 2009. године. Пут ка правнодржавном кривичном праву је тако не само заустављен, него долази и до ерозије онога што је до сада постигнуто.
Кључне речи: сузбијање криминалитета, економска криза, кривичноправни експанзионизам, кривично законодавство

1. Стање у Србији и у свету

Прва деценија трећег миленијума у знаку је бројних негативних појава које се јављају у различитим областима. Негативни ефекти глобализације, светска економска криза, неолиберализам у економији, дигитализација и компјутеризација и други облици технолошког напретка, тероризам и страх од њега, етнички сукоби, социјални бунт грађана многих земаља, само су неке од савремених појава које сузбијање криминалитета данас чине још сложенијим. Глобална економија показује и своју тамну страну која се, између осталог, испољава у тржишту дроге, трговини људима и оружјем, као и у финансирању злочина против човечности. Уочава се и јасна веза између глобализације земаља благостања северне хемисфере са оружаним сукобима који се воде у земљама трећег света.[1] Поставља се питање да ли и како ове негативне појаве утичу на кривично право. Поред постојећих, пред кривично право се постављају нови захтеви и изазови. У већини земаља запажа се константно ширење и заоштравање кривичноправне репресије. Оно на шта се раније углавном гледало као на ексцес законодавца, постало је у првој деценији XXI века основна карактеристика савременог кривичног права. Ради се о оријентацији која све више постаје заокружен криминално-политички концепт који се систематски остварује у савременом кривичном законодавству. Пошто му је основна карактеристика и девиза „што више кривичног права“, оправдано је назвати га кривичноправним експанзионизмом. Њему је подлегао и законодавац у Србији који, изгледа, има и неке своје посебне склоности ка њему. Неквалитетне одредбе у техничком и суштинском смислу, честе измене и непромишљена решења одликују српски кривичноправни експанзионизам. Има основа за претпоставку да су специфичности кризе у Србији додатно негативно утицале на однос према кривичном законодавству и кривичном правосуђу у целини. Правни систем, у једном свом веома важном сегменту (не улазећи у оцену стања у другим деловима правног система), постао је несигуран и нестабилан терен погодан за појаву нових конфликата и проблема. Уместо да допринесе стабилизовању друштвених, политичких и других прилика у друштву, сам генерише нестабилност. Таква слика постаје комплетна и прилично упечатљива када се има у виду не само кривично материјално, него и кривично процесно и кривично извршно право, као и област организације правосуђа у кривичноправној области. Уобичајени аргумент да је то нужна последица позитивних друштвених, политичких и економских транзиционих процеса који се наводно одвијају у Србији представља политичко пропагандни,

[1] Уп. H.-J. Albrecht, Natürliche Ressourcen, Ökonomie und Gewalt, *Zeitschrift für Internarnationale politik und Gesellschaft*, 3/2007, p. 153.

али не и научни аргумент. Иза термина „транзициона правда“ крије се стање у законодавству и правосуђу које се константно погоршава и у коме и оно што је добро не може дуже да опстане јер се свесно или несвесно уништава све оно што показује црте стабилности.

Колико год аболиционизам био неприхватљив (осим тога, није никада ни претила опасност да он постане стварност), кривичноправни експанзионизам као његов антипод који је постао јасно препознатљив тренд у савременом кривичном законодавству, могао би да нанесе више штете кривичном праву од његовог укидања. Мада то на први поглед изгледа парадоксално, лоше и хипертрофирано кривично право може да буде штетније од никаквог кривичног права.

Савремене тенденције у кривичноправном реаговању постављају озбиљна питања која се тичу слобода и права грађана, па и саме државе у којој ти грађани живе. Уместо да се кривично право у свом развоју креће од тоталитарног ка правнодржавном, оно се од правнодржавног претвара у тоталитарно кривично право. Јасно се запажа континуирани процес ерозије правнодржавног кривичног права, процес који од владавине права иде ка негирању па и уништавању права.[2] Пошто је тешко замислити постојање тоталитарног кривичног права у демократском друштву, дилеме се јављају и око карактера самог друштва и државе која се определила за такво кривично право. Да ли организовани криминалитет, тероризам и корупција заиста представљају такве облике криминалитета који угрожавају темеље друштва који се ни на који начин не могу ефикасно сузбијати осим ограничавањем и довођењем у опасност основних права и слобода свих грађана? Да ли има истине у тврђењу да специјалне мере и одступања од редовног кривичног права у првом реду служе остваривању политичких циљева а не за сузбијање нарочито опасних облика криминалитета?

Давање предности ретрибутивистичком приступу у кривичном праву је ретко. Само у филозофији у погледу оправдања казне ретрибутивизам и утилитаризам и даље воде битку без победника. Схватање да кажњавање само себе оправдава, односно да је за оправдање казне довољно то што је неко „заслужио“ казну, данас у науци кривичног права не наилази на одобравање.[3] Полази се од тога да би кривично право и кажњава-

---

[2] Тако P.-A. Albrecht, *Kriminologie. Eine Grundlegung zum Strafrecht*, 4. Auflage, München, 2010, p.p. 145, 148.

[3] Ипак су неке ретрибутивистичке идеје у последње време наишле на извесно разумевање и делимично прихватање и у кривичном праву, односно могло би се рећи више у вођењу одређене криминалне политике, као и на кривичног законодавца у правцу заоштравања кривичноправне. репресије.

ње требало да заштити важна правна добра делујући на понашања човека. Кривичноправне норме имају за задатак да одврате појединце од таквог понашања која су штетна за туђа правна добра и да их усмере на понашања која су у складу са правним нормама.[4] На први поглед се чини да би ова доминантна концепција у кривичном праву требало да води мање репресивном кривичном праву од онога које би захтевао ретрибутивизам. Али, то није тако. Кривично право не обавља успешно своју основну функцију, а начин на који сузбија криминалитет у једном друштву не оцењује се задовољавајућим. Како на плану генералне, тако и на плану специјалне превенције резултати су знатно испод очекиваних. Разлози за неефикасност и неефективност кривичног права се више виде у његовом примењивању (односно непримењивању), него на плану његовог стварања. Углавном се кривично правосуђе (и полиција) означава као главни кривац за незадовољавајуће стање на плану криминалитета, а не законодавац. Иако је у основи тачно тврђење да ни најбоље кривично законодавство које се не примењује ништа не значи, као и да лоше кривично законодавство у рукама доброг правосуђа може да оствари добре резултате, одговорност законодавца и правосуђа је у начелу подједнака. Штавише, законодавац је тај који повлачи стратешке потезе и од њега у великој мери зависи у ком правцу ће кренути примена кривичног права. Независно од тога, може се запазити да што је кривично право неуспешније у остваривању своје заштитне функције, оно се (нарочито на законодавном плану) све више шири и заоштрава.

Иако се за извесне модификације у односу на модел кривичноправног реаговања коме се тежило у последња два века у Европи може наћи оправдање, нису прихватљива радикална одступања и напуштање основних принципа на којима се кривично право заснива ради тога да би се криминалитет ефикасније сузбијао. Осим тога у Србији и земљама у сличној друштвеној и политичкој ситуацији „транзициона правда“ повезана са наводним специфичним изазовима на плану криминалитета води залагању за „смелије“ напуштање и релативизовање „превазиђених“ принципа који су, може се рећи, постали цивилизацијска тековина. Њихово напуштање је, међутим, опасније од непредузимања никаквих додатних мера да се кривично право учини ефикаснијим и ефективнијим.

Модерно кривично право све више шири своје подручје и одбацује као баласт принципе правне државе који приликом остваривања нових задатака који се пред њега постављају делују као препрека.[5] Уочава се

[4] Вид. на пример, H. Fuchs, *Österreischisches Strafrecht, AT I,* 7. Auflage, Wien, 2008, p. 2.

[5] Hassemer, *Freiheitliches Strafrecht*, Berlin, 2001, стр. 224.

тенденција да кривично право постаје све мање реакција на најтеже облике повреде грађана, а све више средство унутрашње политике.[6] Политика уместо да решава проблеме, сама постаје проблем.[7] Ексцесивно коришћење кривичноправне репресије води томе да се савремена друштва суочавају са реалном могућношћу затварања у „гвоздени кавез“.[8] Томе доприноси и благонаклон став грађана према државној функцији кажњавања. Изгледа да у погледу ни једне друге функције власти код грађана не постоји такав некритички однос као што је то случај са кажњавањем. Иако већина грађана у Србији данас критички и скептички гледа на власт и њене могућности, не доводи се у питање њена функција кажњавања и начин на који се она обавља.[9] Критике које се ту и тамо чују нису управљене против саме институције кажњавања, већ су углавном управљене на поједине, конкретне случајеве. Често се чује и захтев за што више кажњавања, и поред тога што се не виде постигнути резултати нити цена која се за то плаћа.

2. Одговори кривичног права

Повећање степена репресивности кривичног права данас је присутно у многим земљама. Говори се о ери казненог ексцеса у које су многе земље закорачиле. То се, без сумње, односи и на Србију, нарочито после усвајања Закона о изменама и допунама Кривичног законика из септем-

---

[6] Ibid., стр.226.

[7] Tako R. Garland, *Kultur der Kontrolle, Verbrechenbekämpfung und soziale Ordnung in der Gegenwart*, Frankfurt/New York, 2008, p. 362.

[8] На ту опасност у САД и Великој Британији упозорава D. Garland, *ibid.*, p. 360. Он, при томе, указује и на то да се комплекс институција за сузбијање криминалитета и оних који креирају и примењују кривичноправну репресију сам по себи даље репродукује без обзира на реалне опасности од криминалитета. Требало би приметити да они који стварају тај гвоздени кавез, тј. они који о томе доносе политичке одлуке, иако читаво друштво гурају у тај кавез, по правилу остају ван њега.

[9] Хусак констатује да је изненађујуће то што скептицизам који у јавности постоји у погледу резултата које власт постиже, није имао за последицу окретање против институције кажњавања. Ипак, истиче он, постоји одређена тачка на којој ће свако разуман бити принуђен да призна да кажњавање по сваку цену није оправдано, те да се увек морају имати у виду негативне стране кажњавања и оно што се њиме постиже. Тако, он поставља питање шта ако би трошкови кажњавања потпуно исцрпли државни буџет, ако би било кажњено 40% невиних и ако би злоупотребе власти превазишле оне које је вршио Гестапо. Вид. D. Husak, *The Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, 2010, p. 397.

бра 2009.[10] Такво стање, поготово у Србији, не може се објаснити само напуштањем идеје о ресоцијализацији, нити напуштање те оријентације нужно води строгом кажњавању и честом коришћењу казне лишења слободе.[11] До ове оријентације дошло је због промена у сфери друштвених, економских и политичких односа у савременом свету од којих је неке тешко и уочити и довести их у везу са радикалним заокретом кривичног права и кривичног правосуђа ка једном изразито репресивном и пунитивном систему.[12] Те промене, посматрајући их заједно и на глобалном нивоу, могу се означити као свеопшта криза и то не само економска. Криза се одразила и у нематеријалној сфери као криза вредности. На неки начин је очекивана, па и нормална појава (мада не и оправдана) заоштравање и ширење кривичноправне репресије у условима друштвене и економске кризе. То нужно води преиспитивању могућих стратегија кривичноправног реаговања у условима његове експанзије и ограничених правосудних и других ресурса. Може бити спорно да ли експанзију кривичног права уопште назвати стратегијом (јер она даље слаби кривичноправни систем), или до ње долази због немоћи друштва да озбиљније решава неке друштвене, економске и политичке проблеме. Тим факторима треба додати и неке друге слабости које су карактеристичне за стање у Србији. У Србији, чини се, постоји склоност ка преузимању управо оних

[10] Тај тренд се уочава и у ЗИД Кривичног закона Републике Српске из јула 2010. Од земаља насталих на територији бивше Југославије тај приступ није јасно препознатљив у два кривична законодавства: црногорском и словеначком. Иако се у Закону о изменама и допунама КЗ Црне Горе из априла 2010. године, као и у новом словеначком КЗ из децембра 2008. године запажају нове инкриминације, па и ширење криминалне зоне код неких од раније познатих инкриминација, што се може приписати утицају стања у Европи (како на нивоу ЕУ, тако и кривичног законодавства појединих европских земаља које су подлегле кривичноправном експанзионизму), не би се могло тврдити да је то био доминантан приступ у изради ова два кривична законодавства. Прописане казне нису пооштраване, а код неких, са аспекта праксе значајних инкриминација, одустало се од прешироких решења која су углавном представљала анахронизме наслеђене од неких ранијих југословенских специфичности. Као пример за то се може навести одустајање од тога да кривично дело злоупотребе службеног положаја може да изврши и одговорно лице у субјекту привредног пословања. За тако нешто у Србији не само да није постојала спремност, него је ово и даље „омиљена“ инкриминација неким структурама у правосуђу и политици, јер омогућава лаку, али и арбитрерну осуду.

[11] У скандинавским земљама, после напуштања оријентације на ресоцијализацију, није дошло до повећаног степена репресивности кривичног законодавства и кривичног правосуђа у целини који је присутан у многим другим земљама. Оне данас у том погледу представљају изузетак у позитивном смислу. Вид. J. Pratt, Scandinavian Exceptionalism in an Era of Penal Excess, *British Journal of Criminology*, 2008, p. 119–137.

[12] О томе вид. D. Garland, *op. cit.*

решења и оријентација из страних правних система која су управо са аспекта легитимности сумњива и која су, иако заговарана од стране политичара појединих земаља (а у неким законодавствима и усвојена) од стране теорије критикована. Даље, специфичност је и неквалитетан рад на припреми законских нацрта у области кривичног законодавства (вероватно и у другим областима). Закон о изменама и допунама КЗ из 2009. године обилује омашкама у легислативно-техничком смислу, као и лошим решењима у суштинском смислу. Иако предмет овог рада није анализа и оцена кривичног процесног и кривичног извршног права, мора се констатовати оно што је уочљиво и на први поглед, а то је да је и у овим сродним областима законодавац био доследан у свом лошем раду. Док је оно што се дешава у области кривичног процесног права куриозитет у негативном смислу и даје основа за сумњу да се не ради само о лошем раду и аматеризму, и област извршења кривичних санкција обилује лошим решењима на нормативном плану и проблемима у пракси извршења казне затвора.[13] Стање у установама за извршење казне затвора се стално погоршава,[14] у чему удела има и вођење политике кривичноправног експанзионизма јер је утицало на изразито повећање стопе осуђених лица.

Реформу кривичног законодавства у европским земљама у последњој деценији карактерише прописивање великог броја нових кривичних дела, одступање од неких основних начела кривичног права која дуго времена нису довођена у питање и коришћење кривичног права као *sola*

---

[13] О неким од ових проблема вид. Ђ. Игњатовић, *Критичка анализа стања и тенденција у кривичном извршном праву Србије*, *Crimen*, 2/2010, str. 169–201.

[14] Један од индикатора за то јесте и незаинтересованост држављана Србије који казну издржавају у европским земљама да казну издржавају у Србији. Процентуално веома мали број осуђених држављана Србије који казну издржавају у иностранству су се определили за издржавање казне у Србији. У овом контексту треба споменути и случај осуђеног лица припадника српске националности који је 2004. године премештен из установе за издржавање казне затвора на КиМ у завод у Сремској Митровици, а потом у Нишу. Према изјави његовог адвоката датој медијима, осуђени И.Н. штрајкује глађу јер му је Управа за извршење кривичних санкција одбила молбу да поново буде враћен на КиМ и тамо издржи остатак казне, а међу разлозима, између осталог, наводи и то „да се стање на Косову променило, па је и стање у затворима много боље“. Вид. напис „Српски осуђеник тражи да буде пребачен у затвор на Косову!“, Press, 8. 10. 2010, стр. 11. Иако није оправдано на основу једног случаја доносити неке закључке, а и извор је дневна штампа, ипак то може бити повод који би, ако се имају у виду и чињенице локе су утврђене и од стране неких државних органа (нпр. Извештај Заштитника грађана за 2009. годину – вид. код Ђ. Игњатовић, *op. cit.* стр. 197) требало да буде разлог за забринутост.

или *prima ratio*, а не *ultima ratio*.[15] Истовремено је дошло и до продора неодређених норми у кривично законодавство. Нова кривична дела по правилу нису кривична дела повреде, то су кривична дела чија последица је угрожавање (у неким случајевима само апстрактна опасност), или се ради о делатносним кривичним делима која у свом законском опису не садрже последицу, а све чешће се и поједине припремне радње (понекад врло удаљене) проглашавају кривичним делима.[16] Њима се по правилу настоје да заштите нека општа добра (која су често сумњива управо са аспекта да ли су заиста општа), а не најважнија добра човека, појединца. Те нове инкриминације се јављају углавном у оним областима где кривично право показује своју неефикасност и где не долази до примене и постојећих инкриминација: организовани криминалитет, корупција, тероризам, међународна кривична дела и сл. Важну улогу у експанзији кривичног права имају и међународне конвенције. Њима се олако предвиђа обавеза прописивања бројних кривичних дела од стране држава које их прихвате. Све су чешће конвенције које предвиђају обавезу држава да инкриминишу одређена понашања. При томе, осим ширења кривичног права, не може се уочити ништа заједничко и конзистентно у разним конвенцијама у том погледу, тј. не полази се (питање је да ли је то уопште могуће с обзиром на начин настајања и природу међународних уговора) од одређене криминално-политичке концепције. И поред несумњивог позитивног доприноса, нарочито одређених међународних уговора кривичном праву, данас би требало са опрезом и резервама приступати ратификацији конвенција које садрже обавезу предвиђања кривичних дела. Требало би да земље у вези са тим у већој мери користе сасвим легитиман институт међународног права, а то је стављање резерви на одредбе којима се предвиђа обавеза прописивања одређених кривичних дела или мера које су у супротности са домаћим кривичним законодавством или општим начелима кривичног права.[17] Постоји и сумња (која није без

[15] Принцип кривично право као ultima ratio не само да је константно демантован законодавном праксом, него се и као такав у најновије време преиспитује и доводи у питање. Ипак, мало је оних који заговарају његово напуштање, а пажњу заслужује избалансирани приступ Prittwitz-а који анализирајући одређене концептуалне проблеме које овај принцип са собом носи, долази до закључка да сам принцип не треба напустити, већ само његово олако коришћење без сагледавања последица које његова примена може имати. Уп. C. Prittwitz, Strafrecht als propria ratio. In: *Strafrecht als Scientia Universalis*, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 2011, p. 37.

[16] Посебну пажњу, у више радова, заслужују упозорења W. Hassemera. Уп. W. Hassemer, *Freiheitliches Strafrecht*, 2001, Berlin, 224–225.

[17] То, уосталом, многе земље и чине. Као пример се може навести црногорски Закон о потврђивању Конвенције о рачунарском криминалу који је донет октобра 2009. Црна

основа) да се преко механизама које предвиђају одређене конвенције настоји остварити контрола над неким државама, односно да САД и ЕУ настоје да на тај начин преко својих структура у међународним организацијама и телима остваре контролу, надзор и утицај над осталим државама. Уместо глобалном одговору на криминалитет како се то настоји приказати, ради се о механизмима који су у функцији остваривања политичке и економске глобализације под доминацијом пре свега САД.

Да ли је кривично право које се заснива на принципима који раније нису довођени у питање (осим у тоталитарним режимима) уопште способно да оствари оне захтеве који му се данас постављају? Ако није, да ли је због тога потребно одустати од онога што је до сада, бар у теорији, важило за неспорне стандарде приликом обликовања кривичноправне заштите? Да ли због тога што политичари и део јавности од кривичног права очекују да реши одређене проблеме, треба напустити модел кривичног права каквом се у Европи тежило? Да ли треба одустати или релативизовати оно на чему се кривично право већ вековима темељи, а то је, између осталог, и начело законитости?[18] Запажају се и настојања да се пронађу компромисна решења у смислу прихватања извесног ширења граница кривичног права, али под одређеним условима и уз испуњавање критеријума легитимности и очувања принципа правне државе.[19]

Гора је ставила више резерви на ову Конвенцију (Будимпешта, 23. новембар 2001. године). У чл. 3 до 5. наведеног Закона стављене су резерве у погледу предвиђања кривичних дела везаних за дечију порнографију, као и у вези са обавезом прикупљања и снимања података који се односе на промет одређеног комуницирања на њеној територији преко рачунара. Не само Црна Гора, већ и друге земље ставиле су већи број резерви на ову конвенцију, док Србија приликом њене ратификације није ставила резерве.

[18] И у Србији су се појавила таква размишљања. Имајући у виду неке испољене склоности актуелних политичара на плану кривичног права, не би представљало велико изненађење ни њихово остварење у кривичном законодавству. Критички о томе вид. М. Шкулић, Начело законитости у кривичном праву, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2010, стр. 66–107.

[19] У том смислу Sieber критички анализирајући решења у немачком Нацрту закона о кривичном гоњењу за припремање тешких кривичних дела насиља која угрожавају државу (Нацрт се у ствари односи на припремање терор. аката) закључује да иако је кажњавање за припремне радње тих дела у начелу прихватљиво, Нацрт сувише проширује кажњивост и иде предалеко у предзону угрожавања заштићеног добра. Зато упозорава да је неопходно да законодавац пре усвајања изврши одређена прецизирања и сужавања, а у случају да до тога не дође предлаже да се од стране теорије и судске праксе усвоји тумачење које би за резултат имало ограничења која предлаже. Уп. U. Sieber, Legitimation und Grenzen von Gefährdubgsdelikten im Vorfeld von teroristischer Gewalt, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 7/2009. p. 363–364.

У настојању да се делимично одговори на ова питања може се поћи од неких практичних, као и начелних аспеката овог проблема. У прве спада питање капацитета кривичног правосуђа. У којој мери и до којих граница се кривично правосуђе може оптерећивати новим инкриминацијама које представљају додатни посао за кривично правосуђе? Реформом кривичног законодавства која је извршена у Србији 2009. уведен је већи број нових инкриминација (у сваком случају, знатно више од извршених декриминализација), а у више случајева проширена је криминална зона код постојећих. Шта значе за кривично правосуђе нова кривична дела, односно ширење криминалне зоне код постојећих кривичних дела? Ако би се пошло од тога да ће се кривично право примењивати у довољном броју случајева да би имало било какво превентивно дејство, онда би то према сасвим грубим проценама могло да значи још неколико хиљада правоснажно осуђених лица. Да ли зато капацитете кривичног правосуђа и установа за извршење кривичних санкција треба повећати у одговарајућој сразмери због интервенција које је законодавац предузео? Да ли ће и прописивање знатно строжих казни (код око једне трећине кривичних дела) водити томе да ће се изрицати строже казне, па ће број осуђених лица на казну затвора и даље расти? Имајући у виду испољене тенденције и испољене жеље за новим кривичним делима, вероватно је да ће и код будућих законодавних интервенција морати да се рачуна са сталним оптерећивањем кривичног правосуђа. Наравно, све то има своје границе. Већ раније је, и без онога што је дошло до изражаја у савременом кривичном законодавству, кривично право прешло границе својих могућности. Оно данас, међутим, скоро да више није у стању да функционише са таквом хипертрофијом инкриминација. Ублажавању овог озбиљног стања, макар привремено и делимично, могло би да допринесе шире коришћење начела опортунитета кривичног гоњења.

Иако законодавац у европским земљама у последње време показује скоро искључив интерес да интервенише у оквиру посебног дела прописујући нова кривична дела, и у области општег дела јавила су се нека питања која је тешко решити, а да се при томе остане у оквиру традиционалног кривичног права и уз поштовање уобичајених стандарда који одавно важе у кривичном праву. Тако, већина европских земаља увела је одговорност правног лица за кривична дела, (то је у Србији учињено 2008. године). И поред криминално-политичке потребе да се на деликте правних лица реагује озбиљним санкцијама, познати су проблеми и препреке које стоје на путу увођењу кривичне одговорности правних лица (између осталог, то захтева одступање од основних начела кривичног

права као што је начело индивидуалне субјективне одговорности, начело праведности и др. Даље, одговарајућа међународноправна документа препоручују увођење тзв. проширеног одузимања имовинске користи. То је у Србији учињено доношењем посебног закона 2008. године,[20] али на начин којим се доводи у питање више основних принципа кривичног права. Иако представља моћно средство за сузбијање организованог криминалитета и корупције, имајући у виду могућности које тај закон дозвољава у погледу одузимања имовине за коју њен власник не може да докаже да је стечена на законит начин, он уноси правну несигурност и може имати шире негативне последице у погледу права својине које је данас гарантовано и као уставно право. Да ли Србија може себи да дозволи један овакав закон када добар део становништва своје основне егзистенцијалне потребе задовољава на начин који није баш у складу са законом (тзв. сива економија, рад на црно, ситан шверц и сл), али који сигурно не представља организовани криминалитет? Сам закон не пружа никакве гаранције да се неће сувише широко примењивати, тј. да се неће примењивати и у оним случајевима у којима имовина која се одузима нема никакве везе са организованим криминалитетом. Даље, да ли веровати у тврђење политичара о томе да ће се имовина одузета од криминалаца користити у неке социјалне сврхе и да ли је то начин да се обезбеди нешто што је данас свака нормална држава у обавези да обезбеди?[21]

И ових неколико питања дају основа за закључак да се пред кривично право данас постављају захтеви којима оно не може да удовољи, а да не промени свој карактер. Настојање да се ти захтеви остваре на најједноставнији начин прописивањем нових и ширењем постојећих инкриминација, као и одступањем од неких основних начела кривичног права, не

[20] „Службени гласник РС“, бр. 97/2008.

[21] Овај закон и његова примена се често од стране актуелних политичара истичу као велики успех. Тако функционер Министарства правде у „интервјуу недеље“ у дневном листу „Press“ (26. 9. 2010, str. 6–7) истиче да су резултати његове примене „фантастични“, да га друге земље узимају као модел и сл. Између осталог, тврди се да је Црна Гора „практично преписала наш закон“. То тврђење не само да није тачно, већ је решење из Србије навођено као пример за лоше решење које би црногорски законодавац морао да избегне. У Црној Гори узор је била Оквирна одлука ЕУ из 2005. године (2005/212/JHA) којом се, између осталог, захтева и то да суд буде потпуно уверен у то да имовина која се одузима потиче од криминалне делатности (члан 3), као и решења у законодавству Немачке и Аустрије. Остаје да се види како ће наша кривичноправна теорија да оцени овај закон, као и како ће се решити питање његове уставности, а реално је очекивати и да ће о њему заузети став и Европски суд за људска права у Стразбуру решавајући конкретне случајеве.

само да је опасна тенденција, већ може да значи почетак краја кривичног права заснованог на принципима правне државе.

Нереална очекивања од кривичног права дошла су до изражаја нарочито у неким области. Једна од њих јесте област организованог криминалитета. Иако је појам организованог криминалитета споран,[22] већина дефиниција организованог криминалитета укључује и елеменат спреге са влашћу. Управо, тај елеменат чини организовани криминалитет имуним на кривичноправну реакцију. За ефикасније сузбијање организованог криминалитета много је важније откривање и прекидање те везе, него увођење специјалних кривичноправних мера. Када је реч о организованом криминалитету, у праву су они који су против увођења ванредних мера истичући да одређене интересне групе (користећи и средства јавног информисања) настоје да прикажу стање драматичним у смислу да је организованим криминалитетом угрожен и сам опстанак друштва, те да зато треба предузимати бескомпромисно кривично гоњење, а у том циљу се служити свим расположивим средствима.[23] У Србији се говори о разноразним „мафијама“ иако се често ради о класичном криминалитету (претежно у области привреде). Штавише, изненађујуће делује (с обзиром на велике политичке и друштвене промене) то што се већина тих случајева суштински не разликује много од оних који су се јављали у правосуђу бивше СФРЈ пре 20-30 година. Оно што би требало да буде редован посао правосудних и других државних органа представља се као тешка и крајње ризична борба против организованог криминалитета која захтева низ одступања од поступања у редовним предметима. Тзв. организовани криминалитет постао је и политички профитабилна тема. То ипак не значи да се не може правдати увођење неких посебних мера у области организованог криминалитета. Међутим, увођењу мера које одступају од основних кривичноправних принципа, или процесних гарантија, треба приступити врло рестриктивно и са крајњим опрезом уз установљавање контролних механизама који ће обезбедити да не долази до повреде права и слобода грађана. Уместо да се то чини крајње рестриктивно уз свест о сумњивој легитимности тих мера, чини се да се постепено читаво кривично право и кривично правосуђе претвара у једно такво ванредно кривично право или да је бар кривичним правом завладао тај дух и приступ. Најбољи одговор

[22] Он је у тој мери споран, да неки аутори чак негирају његово постојање говорећи о „појмовном ништа“ које служи томе да за онога ко примењује норму све постане могуће и дозвољено. Тако P.-A. Albrecht, *op. cit.* у нап. 2. p. 384.

[23] Тако P. A. Albrecht, Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen, *ZStW*, 4/1985, str. 859–861.

на организовани криминалитет нису неке посебне мере колико добро организовано правосуђе, као и стварање једне опште друштвене и политичке климе која погодује сузбијању организованог криминалитета.

Друга системска појава у чијем сузбијању кривично право постиже веома скромне резултате јесте корупција која је данас, у мањој или већој мери, присутна у свим земљама. Што се тиче Србије, бројне индиције иду у прилог томе да она у том погледу стоји посебно лоше. Има се утисак да се и оно мало правоснажно осуђујућих пресуда односе на „жртвене јарце“, или учиниоце ситних дела корупције. Бројна тела и мере које за циљ имају сузбијање корупције не функционишу.[24] Област корупције је можда најбољи пример за огроман раскорак који постоји између декларативног залагања за њено сузбијање, усвајања разних мера и оснивања бројних тела које би требало томе да допринесу и постигнутих резултата. Често се указује колика је процењена штета причињена корупцијом, али би томе требало додати и потрошени новац и време на разноразне „антикорупцијске“ делатности од којих, чини се, једино имају користи они који се тиме професионално баве и од тога живе.

3. Пример кривичног права намењеног непријатељима: Новела Кривичног законика Србије из 2009. године

Идејни творци и писци Новеле КЗ Србије из 2009. године иако вероватно нису ни чули за концепт „кривичног права за непријатеље“ („Feindstrafrecht“) који је настао у Немачкој и који је тамо с правом критикован,[25] успели су да остваре основне карактеристике таквог кривичног права. Ширење и заоштравање репресије је присутно у тој мери да се више не може говорити о кривичном праву које је намењено грађанима, већ непријатељима друштва. У ту слику се уклапају и посебни закони као што су онај о одузимању имовине „проистекле“ из кривичног дела, као и онај којим се прописује извршење казне затвора за кривична дела организованог криминалитета. У том духу је извршена и „интернационализација“ кривичног права, тј. усклађивање са одређеним међународним конвенцијама. Већ познате слабости међународних уговора у области

[24] У том погледу председник GRECO Д. Кос констатује да оно по чему је Србија другачија од осталих земаља, нарочито оних на Балкану, није то што су поједина антикорупцијска тела и институције имале проблеме у раду, већ то што у Србији те проблеме немају само поједине контролне институције, него скоро баш све институције те врсте. „НИН“, 7. 10. 2010, стр. 15.

[25] Детаљно о томе Ch. Jäger, Der Feind als Paradigmenwechsel im Recht. In: *Strafrecht als Scientia Universalis*, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 2011, p.71-90.

кривичног права,[26] још су више дошле до изражаја кроз начин њиховог прихватања. Већ је указано на то да такав процес интернационализације крије у себи озбиљне опасности по људска права.[27]

Кривичноправни експанзионизам са собом, по правилу носи и мање озбиљан приступ раду на припреми законских пројеката. Кривично законодавство се често мења, а као последица тога јесте то да су норме неквалитетне како у легислативно-техничком, тако и у суштинском смислу. Иако то није случај са свим земљама у којима је кривичноправни експанзионизам дошао до изражаја, у Србији се примећује и изразито немаран однос и према „занатском“ делу посла, тј. према писању норме и поштовању правила легислативне-технике, што ствара и суштинске проблеме. Измене и допуне КЗ Србије су по хитном поступку предузете у два маха у 2009. години. Тако, Закон о изменама и допунама КЗ Србије усвојен у септембру 2009. године обилује омашкама и лошим решењима, да би после неколико месеци КЗ опет био мењан али не да би се ти пропусти отклонили, већ вероватно зато што се предлагач нечега „присетио“.[28] Пошто је за припрему овог закона било дато више времена него за припрему самог КЗ-а 2004. године, не би се могло тврдити да су пропусти последица сувише кратког времена. Иако се није журило са његовом припремом, журило се са његовим усвајањем, па је Закон о изменама и допунама усвојен по хитном поступку. Чини се да предлагачи ни тиме нису задовољни, односно да нису испунили себи постављену норму у погледу броја измена и допуна, па се спремају (вероватно опет по хитном поступку) да даље „усавршавају“ наше кривично законодавство.

Овде ће бити указано само на неколико примера који су последица недовољно пажљивог и одговорног рада на припреми и усвајању овог закона. Између осталог, није вођено рачуна ни о ономе на шта се мора обратити пажња нарочито код измена и допуна, а то је да измена (или допуна) неке одредбе може за собом да повуче интервенције и код више других одредаба. Не само да састављачи Закона о изменама и допунама КЗ нису водили рачуна о Кривичном законику као целини, него нису могли ни у оквиру истог члана да доследно спроведу ново решење. Тако, код опозива условног отпуста у члану 47 у ст. 1. и 2. уместо раније грани-

[26] Између осталог, истиче се да се интернационализација кривичног права врши према принципу анархије, да се не заснива ни на каквом систему или концепцији осим да се кривична дела сузбијају по сваку цену. Последица тога јесте и дефицит на плану легитимности. Више о томе вид. Ch. Mylonopoulos, *ZStW*, Heft 1, 2009, p. 88.

[27] Ibid., p. 88.

[28] Промењена је и неколико месеци раније усвојена одредба о појму организоване криминалне групе.

це између обавезног и факултативног опозива од једне године затвора, предвиђено је шест месеци, тј. у случају да је за ново кривично дело изречена казна затвора преко шест месеци суд би морао да опозове условни отпуст. Међутим, да ли суд то заиста мора зависи од тумачења, јер је у ставу 5. истог члана остало старо решење по коме суд не мора да опозове условни отпуст онда када је условно осуђеном за ново кривично дело изречена казна затвора до једне године. Код условног отпуста је усвојена и новина да се више не може условно отпустити осуђени који „је побегао из завода за извршење казне затвора у току издржавања казне" (став 46. став 1). Овде се јавља више дилема. Да ли мора да побегне баш „у току издржавања казне", као и да ли се ово односи и на ситуацију када је побегао па се још налази у бекству, тј. на слободи. Зашто се не би омогућило и условно отпуштање и оних који су се и иначе на тај начин нашли на слободи (наравно, ако се на слободи добро владао)? Шалу на страну, али је само недостајало да се овде наведе да се не може условно отпустити и онај осуђени који је убио стражара или нешто слично. Даље, шта код тзв. кућног затвора значи да ће се „остатак казне затвора издржати у затвору" (што је терминолошки некоректно), ако самовољно напусти просторије у којима станује два пута у трајању до шест часова или „једном у трајању до дванаест часова" (члан 45 став 6)? Које су последице његовог напуштања које је трајало дуже од дванаест часова? Да ли се овим хтело изаћи у сусрет студентима да имају један пример више за тумачење путем аргумента a minori ad maius, или се мислило на нешто друго? Ова криминалнополитички оправдана санкција (без обзира да ли се схватила као самостална казна или модалитет изрицања казне затвора) и иначе је прописана на неадекватан начин. Тако, дилеме изазива и то што се у одредби ст. 5. и 6. члана 45. говори о осуђеном коме је већ изречена казна затвора до једне године, што би се могло тумачити тако да је потребно да је донета осуђујућа пресуда којом је изречена казна затвора, па да тек онда суд одређује како ће се извршити ова казна. Даље, као оријентациони критеријуми приликом одлучивања о томе да ли ће осуђени издржавати казну у просторијама у којима станује, изједначавају се техничке могућности за извршење и околности од значаја за одмеравање казне (став 7). Ако је ово само модалитет извршења казне затвора, онда је питање да ли је потребно поново узимати у обзир олакшавајуће и отежавајуће околности јер је на основу њих казна већ одмерена. Ако је пак суштински у питању казна (јасно је да је формално КЗ не поставља као самосталну казну), онда не би требало на прво место стављати техничке могућности као околност која је пресудна за њену примену. Ово може бити и пример за то како се неко суштински добро решење може

компромитовати неадекватним уобличавањем норми, односно лошом формулацијом одредаба.

Наведимо још неколико примера неких нових решења која су, у најмању руку, необична. Иако таквих примера има много више у посебном делу јер је он у много већој мери био предмет интересовања оних који су иницирали и спровели ову по много чему неуспелу реформу нашег кривичног законодавства, овде ћемо се углавном ограничити на неке новине у општем делу. Тако, шта се хтело са тиме да се рад у јавном интересу прогласи и споредном казном? Није се ваљда мислило да се омогући његово изрицање уз казну затвора? Заједно са новчаном казном, мада је питање колико је то криминалнополитички оправдано, могло је и иначе тако што би се новчана казна изрекла као споредна казна. Даље, који је минимум трајања мере безбедности забране приближавања и комуникације са оштећеним (узгред: зашто је уопште једино у називу ове мере безбедности унета реч „мера“ – вид. члан 89а). И у случају да суд одреди да је то неколико дана, па чак и неколико сати, закон не би био повређен. Због пропуста законодавца требало би нагађати које је то минимално трајање ове мере које би одговарало њеној природи и сврси. Споменимо и врло широк појам имовине у члану 112. став 36. који би могао бити прихватљив код одузимања имовине стечене кривичним делом (он је и преузет из релевантних међународних конвенција које се односе на ту ситуацију). Али, шта је са имовином као објектом радње? Да ли је овај појам имовине адекватан код многих кривичних дела као што су угрожавање јавног саобраћаја, изазивање опште опасности, преваре, изнуде…?

Иако приговор судској пракси да сувише често прибегава ублажавању казне има основа, законодавац је (односно они који су припремали Новелу) на доста невешт начин покушао да судску праксу ограничи у том погледу. Уместо да прецизирањем услова потребних за судско ублажавање казне дозволи ублажавање казне само у случајевима када за то има оправдања, он је генерално ишао на заоштравање прописаних казни, пре свега подижући значајно посебне минимуме код око једне трећине прописаних кривичних дела. У основи таквог потеза је вероватно било не само настојање да се могућности за ублажавање сузе, него и уверење (које се већ толико пута показало погрешним) да се прописаним строгим казнама може остваривати генерална превенција. Осим тога, код општих одредаба о ублажавању казне унета је апсолутна забрана ублажавања казне код осам кривичних дела. Да ли и сам законодавац зна зашто је изабрао баш та кривична дела као и одређене њихове облике, да у односу на њих дерогира опште одредбе о ублажавању казне и да, између осталог, изједначи код ових кривичних дела њихов покушај са довршеним

кривичним делом? То јесу углавном тешка (али не и најтежа) кривична дела, тако да њихова тежина није била критеријум. Ни чињеница да се већина њих често врше у оквиру организованог криминалитета није био критеријум јер у том случају се забрана не би односила само на тежи облик код кривичног дела неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога када је дело извршено од стране групе (члан 246. став 3. КЗ), а не и на најтежи када је дело извршено од стране организоване криминалне групе (члан 246. став 4). Зашто се казна не сме ублажавати у случају када је ово кривично дело извршено од стране групе, а сме када је оно извршено од стране организоване криминалне групе? Изгледа да неозбиљан приступ законодавца изражен у овој мери и не завређује озбиљну анализу.[29]

Чини се да је и ових неколико примера довољно да се стекне извесна слика о Новели КЗ из 2009. године. Слика би била много гора када би се узеле у обзир и бројне новине у посебном делу. Но, то и није нужно, јер није циљ овог рада да анализира нова решења из Закона о изменама и допунама из 2009. године. Такав приступ и бројне суштинске и техничке омашке иду у прилог закључку да се није ни тежило поштовању стандарда који су уобичајени приликом израде кривичних закона. Објашњење би могло бити у томе што је та Новела схваћена као нешто што је уперено против непријатеља друштва против којих је само важно да се репресија што више заоштри, а како ће се то учинити било је од сасвим споредног значаја.

Критика кривичноправног експанзионизма не значи да је свака нова инкриминација или проширење постојеће неприхватљива. Ius criminale sempre reformandum est, што значи да се и врсте и обим инкриминисаних понашања мењају и у том погледу, на начелном нивоу, не би требало да буде ништа спорно. И КЗ Србије је свакако захтевао одређена побољшања, па потреба његових измена и допуна у начелу није спорна. У том погледу и даље има простора, али за неку будућу реформу остаје као задатак не само његово усавршавање, већ и исправљање лоших решења и бројних грешака учињених 2009. године.

Приликом сваке појединe интервенције законодавца искрсава низ криминалнополитичких и правно догматских питања што подразумева

[29] Ипак, у нашој литератури је већ поклоњена одговарајућа пажња овој новини. Вид. Н. Делић, Забрана (искључење) ублажавања казне у одређеним случајевима, *Crimen*, бр. 2/2010, стр. 228–245. Критички о томе и Ђорђевић који и поред добронамерних настојања да пронађе неки смисао таквог поступка законодавца у томе не успева јер то, вероватно, није ни могуће. Уп. Ђ. Ђорђевић, Нова решења о ублажавању казне у КЗ Србије, *Ревија за криминологију и кривично право*, бр. 3, 2010, стр. 169–171.

озбиљан и промишљен приступ. Познато је да обликовање кривичноправне норме (односно одредбе којом се она изражава) захтева висок степен како познавања материје, тако и опреза јер често на први поглед и мање интервенције могу водити далекосежним последицама. Тим „ситницама“ српски законодавац 2009. није желео да се бави. Иако ЗИД КЗ из 2009 у целини гледајући одаје утисак да је у његовој припреми преовлађивао импровизаторски и дилетантски приступ, за његову основну оријентацију и концепцију се не може рећи да није јасна и релативно доследна. То је концепција изразитог заоштравања и ширења кривичноправне репресије. Свакако, то не значи да је она и криминалнополитички оправдана. Треба разликовати суштински лоше решење од технички лоше обликоване норме, односно одредбе. Док се и за најгоре решење може увек наћи какво-такво оправдање, легислативно технички лоше написане и усвојене законске одредбе, између осталог, показују немаран однос државе према кривичном праву. Узроке таквог односа је тешко објаснити. Могуће је размишљати о више објашњења. Једно је да се кривично право недовољно озбиљно схвата (опет, остаје питање, из којих разлога?). Друго, да се кривичноправне норме свесно чине лошим и непрецизним да би се омогућила арбитрерност у њиховој примени. Или, можда објашњење треба тражити у свеопштем немару, аљкавости и дилетантизму који је у Србији присутан и у многим другим областима? Између осталог, фактор који се чини да доприноси таквом односу према кривичном законодавству јесте и наглашена популистичка криминална политика која кривично право настоји да користи у дневно-политичке сврхе, као и да успешности једне владе мери бројем предложених и усвојених закона, односно њихових измена и допуна. Не би смело да буде спорно да ствари стоје управо обрнуто: сувише честе измене и допуне закона значе лош и неуспешан рад законодавца. Најзад, један од разлога би могао бити и став да је то намењено „криминалцима“ и непријатељима друштва против којих је дозвољена борба по сваку цену.

Иако се још нисмо „опоравили“ од реформе из 2009. године изгледа да се спрема нова реформа јер се из штампе сазнаје да је управо формирана радна група за израду Закона о изменама и допунама КЗ Србије са једним функционером Министарства правде на челу.[30] Додуше, наговештене су и неке новине које пријатно изненађују и које се не уклапају у негативну слику реформе кривичног законодавства у последњих неколико година. На пример, укидање инкриминације злоупотребе службеног положаја када је у питању одговорно лице. Зашто то није

[30] Уп. „Блиц“, 5. јун. стр. 14–15.

учињено раније или бар 2009. године, већ је тада нешто другачијом формулацијом у потпуности изједначено службено и одговорно лице као извршилац овог кривичног дела? Откуда су се одједном појавила „нова сазнања“ у смислу да је то анахроно, превазиђено, идеолошки, да то није познато у законодавству европских земаља и сл. када се за те исте и сличне аргументе годинама није имало ни мало слуха, па су они у потпуности били игнорисани.[31] Остаје само да се нагађа како је дошло до овог преокрета. Но, без обзира на мотиве и узроке за потпуну промену става, такве и сличне интервенције законодавца би требало подржати осим у погледу тога што су исти они који су припремали и предлагали Новелу из 2009. за врло кратко време потпуно променили свој став по овом питању. Осим тога што су такве честе измене ставова и осцилације у погледу неких концепцијских питања крајње непожељне, остаје да се прибојавамо да ће најављеном новелом (за коју се опет може очекивати да ће бити усвојена по хитном поступку јер то у области кривичног законодавства већ постаје традиција у Србији), за разлику од наведеног примера, доћи до промене ставова на горе. Један од озбиљних проблема јесте, дакле, и непредвидљивост законодавца, односно поступака и ставова оних од којих зависи судбина тог законодавства, као и склоност да се сваки текући проблем у функционисању државе и друштва решава кривичним правом (нпр. најављује се и допуна КЗ у вези са решавањем проблема лажних азиланата).

4. Закључак

Кривичноправна репресија је и даље не само неопходно, него често и једино средство за сузбијање криминалитета. Међутим, то није оправдање за ексцесивно коришћење казне и кривичног права. Неопходно је заустављање тренда кривичноправног експанзионизма који не само да доводи у питање легитимност кривичног права, него од њега све више чини мало употребљиво средство у сузбијању криминалитета што уместо његовом јачању прети да доведе до његовог колапса. Осим тога, кривичноправни експанзионизам види препреку у неким основним начелима кривичног права и настоји да их елиминише или релативизује, иако се ради о вишевековној цивилизацијској тековини. Укидање граница у кривичном праву је опаснија идеја од укидања самог кривичног права.

[31] Детаљна критичка анализа тог кривичног дела дата је у раду Н. Јованчевић, Начело законитости и кривично дело злоупотреба службеног положаја (чл. 359. КЗ), *Бранич*, бр. 2, 2009, стр. 61–78.

Кривично право Србије кренуло је нарочито у последње време путем кривичноправног експанзионизма и оно све више пред собом као противника види непријатеље које треба по сваку цену елиминисати.[32] Измене и допуне кривичног законодавства карактерише заоштравање и ширење кривичноправне репресије. То намеће потребу да се границе кривичног права поставе адекватније, односно да се истинско решење тражи у постављању легитимних, у односу на постојеће ужих и прецизнијих граница кривичноправне заштите. Решавање неких друштвених, економских и политичких проблема мора се тражити ван кривичног права које није ни легитимно, а нити ефикасно и ефективно средство за њихово решавање. Иако законодавац у Србији има склоност ка ексцесивном коришћењу кривичног права, у томе му никако не треба давати подршку. Та подршка индиректно, па и директно стиже од неких иностраних политичких структура, па и неких појединаца који се јављају у својству експерата. Често декларативно позивање на енергично сузбијање криминалитета у дневно-политичке сврхе, као и етикетирање оних који критикују репресивне тенденције као противника тог „енергичног обрачуна“, за сваког ко познаје проблеме сузбијања криминалитета, а чини се све више и за просечног грађанина, не делује убедљиво. Уколико би дошло до стварног успостављања функционисања правне државе и обезбеђивања нормалних услова за рад кривичног правосуђа, а свакако и успостављања једне нормалне друштвене, економске и политичке климе, кривични законодавац не би био стално у искушењу да прави озбиљне ексцесе.[33]

Оштра, широка и неселективна (или селективна у негативном смислу) кривичноправна репресија којој законодавац све чешће прибегава, често уз подршку необавештене јавности којом се може манипулисати у

[32] То се може рећи (мада у нешто мањој мери) и за кривично законодавство Републике Српске које је, изгледа, јула 2010. следило оно што је 2009. године учињено у Србији. Осим прописивања нових кривичних дела, или нових облика постојећих, прописана је строжа казна код више кривичних дела. Нешто у чему се отишло и даље него у Србији, јесте начелно кажњавање свих припр. радњи код свих кривичних дела за које се може изрећи казна затвора у трајању од пет година или више. Иако је ова одредба по својој природи општег карактера, она је предвиђена као посебно кривично дело (члан 361а).

[33] Олако коришћење кривичноправне репресије, њено заоштравање на законском плану, као и сувише честе измене кривичног законодавства нису дошле до изражаја у подједнакој мери у свим кривичним законодавствима у државама насталим на територији бивше СФРЈ. У погледу оштрине кривичноправне репресије ипак се у Словенији и Црној Гори може запазити умеренији приступ. Бар када су у питању прописане казне, за разлику од законодавца у Србији, није дошло до изражаја уверење да се (претерано) строгим казнама може допринети сузбијању криминалитета. Вид. нап. 10.

политичке сврхе (али не у недоглед јер то ипак постаје политички „истрошена“ тема), по правилу, не погађа свој прави циљ. Чак и у случају ако би претерана кривичноправна репресија довела до краткотрајних позитивних резултата на плану сузбијања криминалитета, штета коју би грађани па и друштво у целини имали од једног изразито репресивног приступа била би вишеструка. Коришћење појачане и свеобухватне репресије у контроли криминалитета могло би да проузрокује учвршћивање и продубљивање друштвених подела, јачање криминогених процеса, отуђивање великих друштвених група, дискредитацију правосуђа, смањивање толеранције међу грађанима, склоност ка ауторитарном и др.[34] Још горе од претеране кривичноправне репресије јесте злоупотреба кривичноправне репресије. Ради се о познатом проблему коришћења кривичног права за обрачун са политичким противницима, или чак конкурентима на „криминалном тржишту“, а у неким случајевима цену плаћају „жртвени јарци“ да би се умирила незадовољна јавност. Независно од криминалнополитичке оријентације, минимум који би се морао остварити јесте избегавање онога по чему је Србија изгледа постала специфична, а то су неквалитетне норме, пропусти у техничком и суштинском смислу до којих је дошло приликом измена и допуна КЗ 2009. године у којима се препознаје сличан приступ који је постојао и приликом измена и допуна кривичног законодавства из 2003. године. Чини се да је у том погледу успостављен континуитет, иако је он донекле био прекинут усвајањем КЗ-а 2005. године.

С друге стране, и оне оријентације које имају подршку науке кривичног права не могу претендовати да буду безрезервно прихваћене од стране законодавца. Инсистирање на томе да је само једна оријентација исправна, тешко може бити прихватљиво за законодавца који жели да реализује и неке прагматичке, па и политичке циљеве што, у извесној мери, може бити прихватљиво. Зато је неопходно усвајање једне комплексне стратегије која би на одговарајући начин укључила више различитих приступа који би били примерени савременим изазовима сузбијања криминалитета. При томе, те изазове не треба ни потценити ни преценити. Савремена глобална криза заоштрава неке проблеме и на плану криминалитета што би требало имати у виду и приликом усмеравања кривичноправне реакције. Али, било би потпуно погрешно, па и опасно, укљу-

[34] Уп. R. Garland, *op. cit.*, p. 361. Иако се то, пре свега односи на САД и Велику Британију, то је реална опасност и за Србију. Штавише, неке од тих негативних последица су већ присутне, а ширење и јачање кривичноправне репресије уз повећање степена правне и друге несигурности могу допринети томе да се оне још у већој мери испоље.

чити кривично право у решавање те кризе. Оно једноставно није намењено да се користи као средство за решавање и превазилажење друштвених, политичких и економских криза и може само у неким случајевима да ублажи негативне пратеће појаве кризе. Његово прекомерно коришћење, штавише, може постојећу кризу још више да продуби. Оно што се догађа у области кривичног законодавства у Србији, указује на једно нестабилно друштво које се вероватно налази у дубљој кризи него већина европских земаља. Понекад се чује тврђење неких политичара да се глобална економска криза у Србији испољила у мањој мери него у другим земљама. Можда то и није нетачно. Али, у том случају негативне тенденције у области кривичног законодавства последице су кумулативног ефекта како глобалне, тако и домаће, унутрашње кризе и нестабилности. То ипак претежно нису објективне и неизбежне последице постојеће кризе. Више је реч о томе да је та криза изазвала несигурност и панику код кривичног законодавца, па и „законодавну параноју“.[35] Међутим, такво стање није нужно. Србија би, уколико за то постоји политичка воља као и довољно снажна подршка науке и струке, могла и у овим кризним временима да има релативно добро кривично законодавство које би, остајући у границама правнодржавног права, могло да обавља своје функције у мери у којој се то од кривичног законодавства реално може очекивати. Остаје да се види да ли ће овај или неки будући законодавац изабрати мудрији пут упркос постојећој кризи, или ће наставити да повлачи лоше потезе у заблуди да тиме нешто корисно ради, или мислећи да тако (опет у заблуди) за себе остварује политичку корист.

Zoran Stojanović, PhD
Full Professor
Law Faculty
University of Belgrade

Criminal Law in the Crisis Period

Summary

In the contemporary world there is an overall crisis that is not only economic. This crisis affects basic human rights. Since the task of criminal law is to protect those rights, the question is what the criminal justice responses to modern challenges are. In the ar-

[35] Тај термин користи P.-A. Albrecht означавајући нормативну инфлацију безбедносних тежњи којима се даје предност у односу на слободу грађана и које воде наглашено превентивно безбедносном кривичном праву. Уп. P.-A. Albrecht, *op. cit.* у нап. 2, p.p. 146, 148.

ticle are analyzed and reviewed the main trends of modern criminal law. The dominant trend that is clearly evident in most European criminal legislations could be described as criminal law expansionism. It is asserted that it came to the fore in the Serbian criminal legislation which has negative consequences not only in legislative-technical, but also in substantive questions. Moreover, Serbia has to a greater extent than in other European countries, legal provisions abound errors in legislative and technical terms, and substantially demonstrate flaws that could not withstand serious criticism. It is not required a deeper analysis to conclude that the legislator in Serbia in recent years took a wrong turn. The very fact that adopts standards that are technically poor and full of mistakes of formal and substantive nature and that often changes the decision in such sensitive areas as criminal law and criminal procedure, talks about his disorientation, and the lack of a responsible attitude. The crisis caused uncertainty and panic among the criminal legislator, including „legislative paranoia". As evidence, some legal provisions are analyzed in the Law on Amendments to the Serbian Criminal Code passed in 2009. Year.
Key words: crime control, criminal law expansionism, criminal law legislation, crisis.

UDK: 340.142:343.1(430)
342.722:347.962.6

Др Име Роксин
(Dr Imme Roxin)
адвокат из Минхена

РАЗВОЈ СУДСКЕ ПРАКСЕ У ВЕЗИ СА НЕРАЗУМНО ДУГИМ ТРАЈАЊЕМ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА, У ОДНОСУ НА ПРАВИЛО „IN DUBIO PRO LIBERTATE“[1]

Сажетак

Ауторка се бави проблемом који није нов, а то је „неразумно дугог трајање кривичног поступка“, које иде на штету окривљеног, а тим више што не постоје процесне одредбе које би дозвољавале право на жалбу по том основу. Овим питањем се иначе интензивно баве највиши судови у Немачкој а посебно Европски суд за људска права, где ауторка презентира бројне судске одлуке, како немачких судова тако и тог суда. Тако је Савезни уставни суд Немачке, ово процесно право, које спада у каталог основних права, поставио као захтев за окончањем поступка у разумном року, сходно чл. 6 ст. 1. Европске конвенције о људским правима и слободама, за све државе које су је потписале. Последице дугог и неразумног трајања поступка и неажурност суда, има сличности са санкцијом, и то треба спречити те поступати у скалду са правилом in dubio pro libertatum. Ауторка упозорава да није довољно како судови узимају, „дуг временски размак између учињеног дела и пресуде“, као основ за ублажавање казне, већ измењене околности због неразумно дугог трајања поступка, могу појачати негативне ефекте код извршења казне, поготову ако се окривљени у међувремену социјално интегрисао. Коначно, предлаже да држава треба да организује свој правосудни систем у складу са захтевима Европског суда за људска права, дакле, тако да омогући да се поступак пред судом оконча у разумном року.

Кључне речи: суђење у разумном року, неразумно дуго трајање поступка, ублажавање казне, „in dubio pro libertatum“, одлуке уставног суда, европски суд за људска права.

---

[1] Текст је објављен у Зборнику радова, који је приређен поводом 65 год. рођења познатог немачког професора и адвоката др Клауса Волка. Рад је *Браничу* доставила Име Роксин, да га објави уколико редакција то сматра корисним.

I Појам неразумно дугог трајања кривичног поступка

Под појмом „неразумно дугог трајања кривичног поступка“ не подразумева се кривични поступак који дуго траје као такав. Напротив, обележје неразумно дугог трајања кривичног поступка је у томе да је тај поступак толико трајао услед одуговлачења поступка која су могла да се избегну.

Тема „неразумно дугог трајања кривичног поступка“ није нова. Напротив, она је већ деценијама предмет судске праксе Савезног уставног суда,[2] Савезног врховног суда,[3] бројних врховних покрајинских судова[4] и Европског суда за људска права.[5] У оквиру судске праксе постоји јединствен став у погледу тога да неразумно дуго трајање поступка мора да се одрази у корист окривљеног. Ово се, међутим, не подразумева. У Закону о кривичном поступку не постоји одредба која обавезује на ефикасно вођење поступка, а која би суду забрањивала да више година не поступа у одређеном предмету. Савезни уставни суд је, међутим, из основног права на слободан развој личности тј. из слободе делања у вези са начелом правне државе благовремено извео право окривљеног на правично суђење у складу са начелима правне државе (чл. 2, став 1, Основног закона у вези са чл. 20, став 3, Основног закона).[6] Како у својој сталној судској пракси наглашава Савезни уставни суд, ово процесно право, које спада у каталог основних права, поставља захтев за окончањем поступка у разумном року.[7] Ово начело окончања поступка у разумном року првенствено штити субјективне потребе окривљеног. Али, оно је такође и јавном интересу. Циљ је да се омогући доношење судске одлуке на темељу објективних доказа, као и остваривање захтева државе за кажњавањем који би задовољио и аспекте генералне превенције.[8]

Право окривљеног да се у поступку против њега донесе одлука у разумном року у оним европским државама које су и потписнице Европске конвенције о људским правим и основним слободама произлази и из чл. 6, став 1, реч. 1 Европске конвенције о људским правима. Европска кон-

---

[2] Савезни уставни суд (Комисија за претходну оцену), NJW 1984, стр. 967.

[3] Савезни врховни суд, NJW 1972, стр. 402.

[4] Тако и: Врховни покрајински суд у Коблензу, NJW 1972, стр. 404; Врховни покрајински суд у Karlsruhe-у, NJW 1972, стр. 1907.

[5] Европски суд за људска права, JR 1968, стр. 463.

[6] Савезни уставни суд, NJW 1981, стр. 1719; Савезни уставни суд, NJW 1983, стр. 1043.

[7] Савезни уставни суд, NJW 1884, стр. 967.

[8] Савезни уставни суд, NStZ 2006, стр. 680, 681.

венција о људским правима је уговор из области међународног јавног права који у Немачкој има статус закона за који није потребна претходна сагласност федералних јединица.

Дакле, окривљени има право на то да се кривични поступак не одуговлачи беспотребно услед неажурности у вођењу поступка, већ да се оконча у једном разумном року. Захтев за окончањем поступка у разумном року има за циљ да окривљени не трпи терет статуса окривљеног дуже него што је то потребно.[9] У складу са судском праксом Савезног уставног суда и Савезног врховног суда циљ је да се спречи да окривљени услед одуговлачења поступка, која су могла да се избегну, буде додатно изложен последицама које нису неосетне и које по свом дејству имају сличности са кривичном санкцијом.[10]

Велико кривично веће Савезног врховног суда недавно је извршило једну системску измену[11]. Ова измена се, међутим, односи само на последице које услед неразумно дугог трајања судског поступка могу да се одразе на судску праксу. Врсту и обим неразумно дугог трајања поступка и надаље одређује суд. Осим тога, потребно је да се познаје досадашњи развој судске праксе, да би могла да се оцени ова системска измена.

II Повреда начела ефикасности поступка

У складу са општеважећим ставом, разуман рок почиње да тече у тренутку када окривљени сазна за постојање кривичноправних истражних радњи које су усмерене против њега. Наведени рок завршава се правоснажним окончањем поступка.[12] У складу са судском праксом Европског суда за људска права у то спада и поступак пред Савезним уставним судом, уколико одлука Савезног уставног суда може да се одрази на исход правног спора пред неким од редовних судова.[13]

Савезни уставни суд и Савезни врховни суд су применили мноштво критеријума са циљем одређивања разумног рока. Разуман рок, како наводе Савезни уставни суд и Савезни врховни суд, одређује се у складу са

---

[9] Европски суд правде, JR 1968, стр. 463, 464.

[10] Савезни уставни суд, NJW 1992, стр. 2471ф.; Савезни уставни суд StV 1993, стр. 352ф.; Савезни врховни суд, NStZ 1989, стр. 526ф.; Савезни врховни суд, NJW 1990, стр. 1000ф.

[11] Савезни врховни суд, Велико кривично веће, StV 2008, стр. 133ff.

[12] Савезни уставни суд, NJW 1984, стр. 967; Савезни врховни суд, St V 1982, стр. 339; Савезни врховни суд, wistra 1990, стр. 260ф.

[13] Европски суд за људска права, StV 2001, стр. 489, 490, бр. 34.

посебним околностима конкретног случаја које морају у склопу укупне оцене да се упореде и одмере у свом међусобном односу.[14] Сходно судској пракси Савезног уставног суда при томе су увек релевантни: временски период неразумно дугог трајања поступка који су проузроковали правосудни органи, укупно трајање поступка, тежина кривичног дела које се ставља на терет окривљеном, обим и тежина предмета поступка, као и тежина посебних последица које су скопчане са трајањем поступка који се налази у застоју. Насупрот томе, у обзир се не узимају одуговлачења поступка која је скривио сам окривљени.[15] Савезни врховни суд, осим тога, доводи у директну везу утврђивање повреде захтева за окончањем поступка у разумном року и степена кривичне одговорности.[16]

Немају једнак значај сви критеријуми који су у судској пракси примењени са циљем утврђивања разумног рока. Савезни уставни суд с правом се зауставља на одуговлачењу поступка које су проузроковали правосудни органи. С друге стране, не може да се допусти да органи кривичног гоњења остављају превише времена за поступање у случајевима нарочито тешких кривичних дела.[17] Овде судска пракса улази у контрадикцију са самом собом. Како смо напред приказали, њен је циљ да за прекорачење разумног рока узме у обзир и тежину посебних последица које су повезане са трајањем поступка који се налази у застоју. Оне су, међутим, у случају тешких кривичних дела много теже него код лакших кривичних дела. Тако се нпр. код тежих кривичних дела чешће изриче мера задржавања у истражном затвору него што је то случај код лакших кривичних дела. Очекивана изречена казна је у датом случају виша, а условна осуда много ређа. Дакле, овакви поступци морају да се воде са посебном пажњом, али и ефикасношћу, и не смеју да трају неразумно дуго само зато што је реч о посебно тешким кривичним делима. За разлику од ставова Савезног врховног суда, ни степен кривичне одговорности не би требало да игра било какву улогу када се ради о томе да ли је извршена повреда захтева за окончање поступка у разумном року.[18] Све до правоснажне пресуде лице против којег се во-

[14] Савезни уставни суд, NJW 2003, стр. 2225; Савезни врховни суд, St 46, 159, 169, 171.

[15] Савезни устави суд, NJW 1984, стр. 967; Савезни уставни суд, NJW 1993, стр. 3254.

[16] Савезни врховни суд, St 46, 159, 169.

[17] Види и: *Kraatz,* JR 2006, стр. 403, 406.

[18] У том смислу је и судска пракса Савезног врховног суда неуједначена. У једној скоријој одлуци степен кривице се више не помиње као критеријум за утврђивање повреде захтева за окончањем поступка у разумном року, Савезни врховни суд, wistra 2004, стр. 181.

ди поступак сматра се невиним. Дакле, узимање у обзир степена кривичне одговорности у поступку који је у току представља кршење претпоставке невиности.[19]

Због тога Европски суд за људска права с правом не узима у обзир степен кривичне одговорности и тежину кривичног дела које се ставља на терет окривљеном као критеријуме за утврђивање разумног рока. Додуше, Европски суд за људска права увек утврђује да се разумно трајање поступка одређује у складу са околностима конкретног случаја, али и истиче да су, с обзиром на критеријуме судске праксе Суда, нарочито релевантни сложеност предмета, понашање подносиоца и понашање надлежних државних органа. То су једини критеријуми према којима Европски суд за људска права редовно испитује чињенично стање.[20]

Као контрааргумент у односу на узимање у обзир неразумно дугог трајања кривичног поступка често се истиче да његово егзактно утврђивање није могуће. Органи кривичног гоњења имају, у складу са својим начином поступања, простор за слободну процену и дискрециоино право.[21] Овај контрааргумент оповргла је судска пракса. У битним пресудама, односно закључцима, наилазимо на таксативно набрајање поступака који су довели до одуговлачења.[22] Правосудни органи додуше имају дискрециоино право у смислу утврђивања времена и начина свог поступања, али: занемаривање предмета, па макар то било и зарад приоритетне обраде неког другог предмета везаног за одређивање истражног затвора или услед недовољног броја запослених, не може да се оправда дискрециоиним правом.

У овом контексту као проблематични се јављају и поступци које су правосудни органи крајње споро обрађивали, па су због тога трајали веома дуго, а да при томе нису могли да се утврде дужи временски периоди у којима ти предмети нпр. месецима или годинама нису били уопште обрађивани. И у стручној литератури није једнозначно речено да ли у таквим случајевима постоји повреда чл. 6. став 1. реч 1 Европске конвен-

---

[19] *Kempf,* примедба у вези са: Савезни врховни суд, Ст 46, 159, StV 2001, стр. 134; *I. Roxin,* примедба у вези са: Савезни врховни суд St 46, 159 StraFo 2001, стр. 51, 53; *Ambos,* Европске смернице за немачки кривични поступак, NStZ 2002, стр. 631; види и: *Kraatz,* JP 2006, стр. 403, 406.

[20] Европски суд за људска права, EuGRZ 1983, стр. 380 („Eckle/Немачка“); Европски суд за људска права StV 2001, стр. 480, 490, бр. 36 („Metzger/Немачка“).

[21] *Scheffler,* JZ 1992, стр, 135; *ibid.* StV 1993, стр. 568; *ibid.* StV 1991, стр. 227, 230; види и: *Weiler,* GA 1994, стр. 571, 578.

[22] Нпр. Савезни уставни суд, NJW 1992, стр. 2472; StV 1993, стр. 352.

ције о људским правима.[23] Према судској пракси Савезног уставног суда повреда захтева за окончањем поступка у разумном року постоји и онда када поступак није вођен уз улагање могуће и неопходне енергије, а што може да се види из укупног трајања поступка.[24] Према сталној судској пракси Савезног врховног суда небављење предметом у ограниченом обиму не утемељује без даљњега повреду чл. 6. став 1. реч. 1 Европске конвенције о људским правима, уколико у укупном трајању поступка до доношења одлуке није прекорачен разуман рок.[25]

III Узроци одуговлачења поступка

Постоје различити разлози за одуговлачење поступка:

– правосудни органи без ваљаног разлога годинама не воде поступак[26]
– поступак се одуговлачи услед малог броја запослених или финансијске ситуације или оптерећености надлежног тужилаштва или суда другим великим поступцима[27]
– одуговлачење поступка потиче од тога што приоритет имају предмети у које је укључена мера истражног затвора
– сам окривљени користи све процесне могућности подношења захтева и поднесака и све правне лекове који су му на располагању.

Постоји јединствен став о томе да неразумно дуго трајање поступка као последица коришћења свих процесних могућности и правних лекова од стране окривљеног не може да се стави на терет органима кривичног гоњења.[28] Ово по правилу важи и онда када је неки правни лек који је окривљени уложио, нпр. ревизија, имао успеха и довео до укидања пресуде. [29] Могућност коришћења различитих инстанци, које је предвидео законодавац, показује да грешке суда могу да се исправљају једино путем

[23] Потврдан одговор даје *Kuehne,* StV 2001, стр. 529, 530; и др. – Повреда чл. 6. став 1. реч 1 Европске конвенције о људским правима у таквом случају може да се претпостави само у изузетним случајевима. – *Wohlers,* JR 1994, стр. 138, 139.

[24] Савезни уставни суд, NJW 1992, стр. 2472, 2473; NJW 1993, стр. 3254, 3255; NJW 2003, стр. 2225, 2226.

[25] *Fischer,* StGB, 55, A. (2008), § 46 бр. 61 и даље.

[26] Савезни врховни суд, StV 1992, стр. 452; Виши суд у Bad Kreuznach-у NJW 1993, стр. 1725; Савезни врховни суд, wistra 1998, стр. 101; Савезни врховни суд, wistra 2005, стр. 34.

[27] Врховни покрајински суд Кобленз, NJW 1990, стр. 416.

[28] Савезни уставни суд, NJW 1992, стр. 2472.

[29] Савезни врховни суд NStZ 2001, стр. 106.

правних лекова. Време које је за то потребно произлази из начела вођења поступка у складу са начелима правне државе и не представља одуговлачење које може да се стави на терет правосудним органима.[30] Савезни уставни суд начинио је, уз указивање на судску праксу Европског суда за људска права,[31] само један изузетак од овог правила за поступак по ревизији, а који служи за исправљање грешака у поступку које очигледно потичу од правосудних органа.[32]

Јединствен став влада и о томе да се безразложно непоступање у предмету ставља на терет правосудним органима. Ово важи и онда када је застој у поступку проузроковало лице које је у поступак укључено од стране правосудног органа, нпр. судски вештак.[33]

Ни то што се поступак одуговлачи услед малог броја запослених или финансијске ситуације или оптерећености надлежног тужилаштва или суда другим великим поступцима, или зато што приоритет имају предмети у које је укључена мера истражног затвора не сме да иде на терет окривљеног. Неразумно дуго трајање поступка, које настане из наведених разлога, представља повреду захтева за окончањем поступка у разумном року. Новија судска пракса ово признаје[34], а из тог разлога може да дође чак и до укидања наредбе о одређивању истражног затвора.[35] Једино пролазни проблеми везани за капацитет рада и одржавања претреса у органима кривичног гоњења не доводе, према судској пракси Савезног врховног суда, до повреде захтева за окончањем поступка у разумном року.[36] У том смислу и Европски суд за људска права у оквиру сталне судске праксе заступа став да су државе уговорнице обавезне да организују свој правосудни систем тако да судови нижих и виших инстанци буду у стању да испуне све пред њих постављене захтеве, укључујући и обавезу окончања поступака у разумном року.[37]

---

[30] Савезни уставни суд, NJW 2003, стр. 2225, 2228.

[31] Европски суд за људска права, NJW 2002, стр. 2856, 2857.

[32] Савезни уставни суд, NJW 2003, 2897, 2898; NStZ 2005, стр. 456.

[33] Савезни врховни суд, StV 1992, стр. 452 за саветника пореског одељења као вештака; Виши суд у Bad Kreuzbach-u, NJW 1993, стр. 1725 за судског вештака.

[34] Савезни врховни суд, StV 1994, стр. 652; Савезни врховни суд, NStZ 1995, стр. 335.

[35] Савезни уставни суд, NJW 2006, стр. 672.

[36] Савезни врховни суд, wistra 2005, стр. 34.

[37] Европски суд за људска права, StV 2001, стр. 489, 490; Европски суд за људска права EuGRZ 1983, стр. 371; Европски суд за људска права NJW 2006, стр. 2394.

IV Правне последице повреде начела ефикасности поступка

У немачкој судској пракси и стручној и научној литератури присутна је дискусија о четири правне последице у случају повреде начела ефикасности поступка:

– узимање у обзир повреде захтева за окончањем поступка у разумном року као основа за ублажавање казне

– обустављање поступка због постојања процесне сметње

– узимање у обзир ове повреде приликом извршења казне

– новчано обештећење

Процесна сметња

Од самог почетка дискусије о неразумно дугом трајању кривичног поступка, 70-их година прошлог века, у далеко највећем броју поступака разматране су као релевантне искључиво прве две правне последице – ублажавање казне, односно обустављање поступка.

Савезни врховни суд је све до 2000. године повреду начела ефикасности поступка третирао искључиво као основ за ублажавање казне и увек је одбацивао постојање процесне сметње.[38] Једино је у једном случају, који је био нарочито скандалозан, прекинуо вођење поступка и поступак обуставио пресудом, одбацивши постојање процесне сметње. У овом случају тужилаштво пет година није достављало акта суду који поступа у предметима по ревизији, и то без оправданог разлога.[39]

Насупрот томе, Савезни уставни суд је још решењем од 24. 11. 1983. године закључио да одуговлачења поступка, која нису у складу са начелима правне државе, могу да утемеље захтев за обуставом поступка због процесне сметње чије постојање може да се изведе из Устава.[40] То би, међутим, могло да дође у обзир само онда када из разлога опортунитета узимање у обзир повреде овог начела није довољно за утврђивање висине казне или за обустављање поступка, пошто су размере одуговлачења нарочито велике и довеле су до нарочито тешких последица по лице против којег се поступак води. Од тада је залагање за могућност процесне сметње стална судска пракса Савезног уставног суда.[41] Следећи закључ-

---

[38] Савезни врховни суд, NJW 1972, стр. 402; усп. Савезни врховни суд, NJW 1990, стр. 1000; Савезни врховни суд NStZ-R.R 1998, стр. 103.

[39] Савезни уставни суд, Ст 35, 137 = NJW 1988, стр. 2188.

[40] Савезни уставни суд, NJW 1984, стр. 967.

[41] Савезни уставни суд, NJW 1993, стр. 3254; 1995, стр. 1277; 2003, стр. 2225; NStZ 1997, стр. 591; NStZ 2004, стр. 335, 337; усп: LK-*Theune*, 12, A. (2006), § 46, бр. 262.

ке Савезног уставног суда, многобројни судови нижих инстанци обустављали су кривичне поступке који су неразумно дуго трајали из разлога постојања процене сметње.[42]

Као основни разлог за одбијање процесне сметње Савезни врховни суд је навео да процесне сметње по правилу морају да произлазе из чињеница које могу објективно да се утврде, и не представљају резултат вредносног суда.[43] Повреда начела ефикасности поступка, напротив, може да се утврди једино путем свеукупног вредновања бројних околности појединачног случаја. Овакво гледиште је неосновано. И код осталих процесних сметњи неопходно је свеукупно вредновање чињеничног стања. Тако нпр. у случају кривичних дела која се гоне по предлогу оштећеног процесна сметња у начелу постоји онда када није поднет предлог оштећеног за кривично гоњење. Нека кривична дела која се гоне по предлогу оштећеног могу, додуше, да се гоне и без предлога, уколико тужилаштво потврди да постоји посебан јавни интерес за кривичним гоњењем, нпр. код кривичног дела корупције и примања мита у пословном саобраћају.[44] Одговор на питање да ли постоји такав јавни интерес даће тужилаштво након свеобухватног вредновања и оцене чињеничног стања. Тако је нпр. Савезни врховни суд у својој одлуци од 25. 10. 2000. године, а у складу са судском праксом Савезног уставног суда, сматрао да је у екстремним случајевима могуће да се неразумно дуго трајање поступка оцени као процесна сметња[45], и изложио да основ за одбијање процесне сметње, који је Савезни врховни суд деценијама наводио, није убедљив. Савезни врховни суд у истој одлуци наводи да повреда начела ефикасности поступка у начелу мора да се компензује када се утврђује висина казне, ублажавањем казне или евентуално обустављањем поступка сходно начелу опортунитета.[46] А да ли је утврђена повреда захтева за окончањем поступка у разумном року толико тешка да компензација у оквиру мериторног одлучивања више не долази у обзир – то, према наводима Савезног врховног суда, не може да се процени уколико се не утврди степен кривичне одговорности окривљеног. Тај степен кривичне одговорности

[42] Виши суд у Duesseldorf-у, NStZ 1988, стр. 427; Врховни покрајински суд у Zweibruecken-у, NStZ 1989, стр. 134; Виши суд у Bad Kreuznach-у, NJW 1993, стр. 1725; Врховни покрајински суд у Zweibruecken-у, NStZ 1995, стр. 49; Виши суд у Memmingen-у, StV 1995, стр. 403; Врховни покрајински суд у Saarbruecken-у, StV 2007, стр. 178.

[43] Савезни врховни суд, NJW 1972, стр. 402; Савезни врховни суд, StV 1982, стр. 339; Савезни врховни суд, NStZ 1983, стр. 135; Савезни врховни суд, NJW 1988, стр. 2188.

[44] § 301 Кривичног законика

[45] Савезни врховни суд, St 46, стр. 159, 171.

[46] Савезни врховни суд, St 46, стр. 159, 175.

требало би да представља основ за утврђивање да ли компензација повреде захтева за окончањем поступка у разумном року може да се изврши у оквирима мериторног одлучивања у предмету. Уколико то није могуће, пошто је степен кривице исувише мали, а одуговлачење поступка које се ставља на терет органима правосуђа исувише тешко, онда поступак у том случају мора да се обустави због постојања процесне сметње.

Овде, међутим, мора да се нагласи да ни Савезни уставни суд, а ни Савезни врховни суд, нису обуставили неки поступак због одуговлачења које је у супротности са начелима правне државе, али су то учинили многи судови виших инстанци.[47]

Основ за ублажавање казне

С друге стране, Савезни врховни суд је, следећи препоруке Савезног уставног суда, уносио све више финеса у разматрање узимања у обзир повреде начела ефикасности поступка као основа за ублажавање казне приликом утврђивања висине казне. Савезни уставни суд је у својој одлуци од 14. 7. 1997. године навео да судија у својој пресуди мора не само да изричито утврди повреду начела ефикасности поступка и захтева за окончањем поступка у разумном року који произлази из начела правне државе. Он мора, штавише, да ближе одреди размере узимања у обзир ове околности при утврђивању висине казне.[48] Савезни уставни суд је у свом закључку од 7. 3. 1997. године још прецизније разјаснио како треба да се посматра таква одредба.[49] Размера извршеног умањења висине казне мора да се одреди егзактно, поређењем са висином казне која би била одређена без узимања у обзир повреде захтева за окончањем поступка у разумном току. Ову препоруку следи и Савезни врховни суд.[50] Уколико је нпр. неки поступак због одуговлачења трајао три године, судија је дужан да у образложењу пресуде прво наведе висину казне без узимања у обзир повреде начела ефикасности поступка, нпр. казна лишења слободе у трајању од четири године. Уколико је, међутим, сматрао да би казна требало да се ублажи за две године због одуговлачења поступка које је било у супротности са начелима правне државе, онда он то наводи у пресуди приликом одређивања висине казне и осуђује окривљеног на казну лишења слободе у трајању од две године, а та осуда би, уколико је то могуће, могла да буде и условна.

---

[47] Усп. примедбу бр. 41.

[48] Савезни уставни суд, NJW 1995, стр. 1277.

[49] Савезни уставни суд, NStZ 1997, стр. 591.

[50] Савезни врховни суд, StV 1997, стр. 408; Савезни врховни суд, NStZ 1999, стр. 181.

Коначно, Савезни врховни суд је у сталној судској пракси указивао на то да судови који поступају у предмету морају да узимају у обзир три основа за ублажавање казне: дуг временски размак између учињеног дела и пресуде, натпросечно дуго трајање поступка и оптерећења за окривљеног која из тога произлазе – овај основ за ублажавање казне може да постоји и онда када су за неразумно дуго трајање поступка постојали објективни разлози и када оно не може да се стави на терет органима кривичног гоњења – и, коначно, као трећи основ, евентуалну повреду чл. 6. став 1. реч. 1. Европске конвенције о људским правима.[51]

Модел извршења

Закључком Великог кривичног већа Савезног врховног суда од 17. 1. 2008. године напуштена је вишедеценијска судска пракса везана за неразумно дуго трајање кривичног поступка. Извршен је системски прелазак са тзв. модела умањења казне на модел извршења. Судови су убудуће били дужни да у изреци пресуде наведу висину казне у складу са степеном противправности и одговорности, без узимања у обзир одуговлачења поступка које је у супротности са начелом правне државе. Уместо дотадашњег ублажавања казне, у формулацији пресуде мора да се наведе да се као обештећење за неразумно дуго трајање поступка један бројчано одређен и изражен део изречене казне сматра извршеним.[52]

За наведени системски прелазак Велико кривично веће наводи следеће разлоге:

Досадашњи модел умањења казне се у посебно сложеним случајевима судара са законским ограничењима, када ублажавање казне није могуће због законом одређене границе минималне казне.

Предност модела извршења је, осим тога, и у томе да се у оквиру тог модела врши разграничавање између одређивања висине казне и компензације за одуговлачење поступка које није у складу са начелима правне државе, тако да фактичко одређивање висине казне више није оптерећено захтевима који су страни његовом бићу (ублажавање казне због повреде начела ефикасности поступка).

Висина казне у складу са степеном противправности и одговорности задржава могућност да се спроведу мере које су одређене кривичноправним одредбама, као и одредбама изван области кривичног права (условна осуда, губитак чиновничког статуса). Те мере се у случају моде-

[51] Савезни врховни суд, NJW 1999, стр. 1198; LK-*Theune,* 12.A. (2006), § 46 бр. 241 ff.

[52] Савезни врховни суд (Велико кривично веће), StV 2008, стр. 133ff.

ла извршења оријентишу у складу са утврђеном а не редукованом висином казне.

Осим тога, на тај начин се поједностављује одређивање правних последица. Није више неопходно бројчано поређење између казне која би била изречена без узимања у обзир повреде начела ефикасности поступка и оне казне која, због одуговлачења поступка које је противно начелу правне државе, заиста и мора да се изрекне.

Врста и размере одуговлачења, као и узроци за то, морају да се истраже и конкретно наведу у пресуди. Ово утврђивање служи, прво, као основ за утврђивање висине казне.[53] У оквиру своје вредносне процене судија је дужан да размотри два основа за ублажавање казне, временски размак између учињеног дела и пресуде, као и посебна оптерећења којима је окривљени био изложен за време трајања поступка.

Коначно, судија је дужан да испита да ли је у сврху компензације одуговлачења поступка које је у супротности са начелом правне државе довољно да се она изричито утврди. Уколико то није случај, суд је дужан да утврди који се бројчано изражен део казне сматра извршеним као компензација за одуговлачење поступка. Пошто су у оквиру поступка утврђивања висине казне као основ за ублажавање казне већ узети у обзир дуг временски размак између кривичног дела и пресуде, као и посебна оптерећења којима је окривљени био изложен за време трајања поступка, урачунавање одуговлачења поступка којим се крши начело правне државе нужно ће се ограничити на релативно незнатан део казне.

V. Модел извршења у досадашњој научној дискусији

1. Коментари у научној литератури сежу од тога да „се сматра добродошлим“ то што је мањкави модел одређивања висине тј. умањења казне коначно напуштен[54] па све до одбијања ове системске измене – јер, како се наводи, код модела урачунавања казне мора да се констатује да постоје „начелни недостаци“.[55] Преовладава, међутим, позитивна оцена закључка Великог кривичног већа.[56] Међутим, сви наведени ставови садрже веома много појединачних критика и указивања на могуће проблеме

[53] Савезни врховни суд (Велико кривично веће), StV 2008, стр. 133, 137.

[54] *Kraatz,* JR 2008, стр. 189, 190.

[55] *Scheffler,* ZIS 2008, стр. 269, 279, уз указивање на: *Wiegand,* StV 2008, стр. 38, 44; види и: *Leipold,* NJW Spezial 2008, стр. 152; *Gaede,* JZ 2008, стр. 442, 424; а у вези са решењем Трећег већа *Salditi,* StraFo 2007, стр. 513, *I. Roxin,* StV 2008, стр. 14.

[56] Осим *Kraatz-а* (в. фусноту 53), *Bussman,* NJW Spezial 2008, стр. 312, 313.

који ће тек морати да се решавају,[57] да се напросто намеће закључак да је овде извршена измена без преке потребе[58] и без система,[59] иако је дотадашњи модел одређивања висине казне у начелу такође функционисао као компензација за одуговлачење поступка које је у супротности са начелима правне државе.[60] Осим тога, према подацима самог Великог кривичног већа, није постојала судска пракса судова виших инстанци која би се односила на посебне врсте случајева који су и били повод за ову системску измену.[61] Очигледно је, дакле, да се радило о једном појединачном случају. Имајући у виду чињеницу да се модел утврђивања висине казне примењивао деценијама, неутемељена је бојазан да би § 49. Кривичног законика, који је суд више инстанце аналогно применио у овом појединачном случају, морао да буде примењен и у мноштву других случајева одуговлачења поступка. Дакле, разбијање оквирне кривичноправне норме[62] или, како сматра Велико кривично веће,[63] довођење у питање система правних последица готово да и није могло да се очекује.

2. Овде ћемо да размотримо само неке од аспеката који су били предмет дискусије у стручној литератури.[64]

Насупрот ставу Великог кривичног већа вишедеценијска судска пракса Савезног врховног суда и Савезног уставног суда с правом је приликом утврђивања висине казне узимала у обзир и одуговлачење поступка. Било би довољно, како наводи Gaede,[65] када би се извршни модел користио само у малом броју појединачних случајева, у којима модел утврђивања висине казне није довољан. Чак је и сам закључак Великог кривичног већа Савезног врховног суда указао на овакву могућност.[66]

Према смерницама Великог кривичног већа конкретна оптерећења „која су за окривљеног повезана са поступком који се против њега води, и која тим више за последицу могу да имају ублажавање казне што више времена протекне између тренутка у којем он сазна да се против њега

[57] Види: *Leipold/Beukelmann,* NJW Spezial 2008, стр. 312, 313.

[58] *Leipold,* NJW Spezial 2008, стр. 152, 153.

[59] *Scheffler,* ZIS 2008, стр. 269.

[60] *Bussmann,* NStZ 2008, стр. 236.

[61] Усп. *I. Roxin,* StV 2008, стр. 14, 15.

[62] *Kraatz,* JR 2008, стр. 189, 191; *Weber,* JR 2008, стр. 36, 37.

[63] Савезни врховни суд (Велико кривично веће), StV 2008, стр. 133, 134, бр. 30.

[64] У погледу осталих критичких осврта види: *I. Roxin,* StV 2008, стр. 14 ff.

[65] *Gaede,* JZ 2008, стр. 422; у вези са обележјима бића кривичног дела тешког убиства види и: LK-*Theune,* § 46, бр. 244.

[66] Савезни врховни суд, StV 2007, стр. 133, 136, бр. 45.

предузимају истражне радње и окончања поступка“ морају и у извршном моделу да се узму у обзир код утврђивања висине казне.[67] Велико кривично веће не прави разлику између оптерећења која настају као последица одуговлачења поступка које иде на терет државе и оптерећења која са собом нужно доноси и ефикасно спроведен поступак. Утолико се Велико кривично веће слаже са Scheffler-ом који, као сада и Heghmanns, сматра да је свеједно да ли је за одуговлачење поступка одговорна држава или је одуговлачење поступка последица сложености конкретног случаја. Како он наводи, оптерећења за окривљеног су у оба случаја иста.[68] Међутим, ова тврдња се не заснива на исправним критеријумима за поређење. Напротив, треба да се упореде оптерећења за окривљеног, која су настала као последица одуговлачења поступка које је у супротности са начелима правне државе, са оптерећењима која настају као последица конкретног поступка и када се он оконча у разумном року, без одуговлачења за која би била одговорна држава. Из тога би проистекла оптерећења која окривљени мора да прихвати.[69] Једнако узимање у обзир и изједначавање оптерећења која трпи окривљени у оквиру поступка који је окончан у разумном року и поступка који је неразумно дуго трајао, чиме је извршена повреда начела правне државе, свакако је недопуштено. Ово гледиште игнорисано је како у закључку Великог кривичног већа, тако и код Heghmanns-а и Scheffler-а.

Законодавац очекује од сваког грађанина да поднесе оптерећења која настају као последица кривичног поступка који је вођен ефикасно – па и у случају да тај поступак дуго траје. Утолико је кривични поступак део кривичне санкције што законодавац унапред узима у обзир. Додатна оптерећења која се намећу окривљеном, а која настају као последица одуговлачења поступка за која је одговорна држава, по својим последицама могу да се изједначе са самом кривичном санкцијом.[70] Уколико у складу са ставом који преовладава у литератури претпоставимо да је кривични поступак по карактеру сличан кривичној санкцији,[71] онда гледиште по којем је окривљени „већ кажњен“ добија свој основ. Окривљени је због

[67] Савезни врховни суд (Велико кривично веће), StV 2008, стр. 133, 136, бр. 45.

[68] *Scheffler,* Неразумно дуго трајање поступка у кривичном поступку 1991, стр. 224; види и: ZIS 2008, стр. 269, 271; *Heghmanns,* ZjS 2008, стр. 200.

[69] LK-*Theune,* § 46, бр. 244; *Krehl,* ZIS 2006, стр. 168, 172; Савезни уставни суд – стална судска пракса, NJW 1992, стр. 2472, 2473; NJW 1993, стр. 3254, 3255; NJW 1995, стр. 1277; NJW 2003, стр. 2225; NJW 2003, стр. 2897.

[70] Савезни уставни суд – стална судска пракса, усп. NJW 1992, стр. 2472, 2473; NJW 2003, стр. 2897.

[71] Усп. *Paeffgen,* StV 2007, стр. 487, 490.

додатних оптерећења за која је одговорна држава већ измирио један део кривице која проистиче из учињеног кривичног дела.[72] Као основ за утврђивање висине казне више не може да послужи једнак степен кривичне одговорности као што би био случај да је поступак спроведен без одуговлачења за која је одговорна држава. Sedes materiae је дакле § 46. став 1. Кривичног законика, по којем одуговлачења поступка морају да се компензују. Кад не би било тако, окривљени би неоправдано трпео додатно кажњавање.[73] Дакле, нема никакве потребе за основом за ублажавање казне који би био независан од кривице.[74]

Пошто се увек ради о непотребним додатним оптерећењима за окривљеног, а која настају услед поступања државе које није у складу са начелима правне државе, по правилу ће увек моћи да се пође од претпоставке да она барем једним делом имају карактер сличан кривичној санкцији.[75] То зависи од тежине кривичног дела за које се окривљени терети, очекиваних правних последица и, коначно, и од тога да ли се за то кривично дело терети грађанин против којег до тада није вођен никакав кривични поступак. Управо код учинилаца привредних деликата, на које је примарно и усмерено решење Великог кривичног већа, оптерећење је по правилу изузетно високо, пошто такви деликти доспевају у јавност путем објављивања у медијима. Угрожен је друштвени углед, али и економска егзистенција због губитка радног места. Таква оптерећења код тих лица често узрокују тешку психичку и физичку патњу. И управо то би требало да се спречи вођењем поступка без непотребних одуговлачења.[76] Можда и постоје случајеви у којима је за окривљеног, како наводи K. Weber,[77] одуговлачење поступка најбоље могуће решење. У таквим случајевима не постоје оптерећења која су по карактеру слична кривичној санкцији, нема ни делимичног измирења кривичне одговорности. Окривљеном у таквим случајевима мора да се изрекне казна у складу са степеном кривичне одговорности.

---

[72] Савезни уставни суд, NStZ 2006, стр. 680, 681, бр. 5.

[73] Савезни врховни суд, NStZ 1989, стр. 526; *Pfeiffer,* Свеч. Baumann (1992), стр. 329, 346; *I. Roxin,* Правне последице тешких повреда начела правне државе у оквиру кривичног поступка, 4. изд. (2004), стр. 232ff.

[74] Види и моју примедбу у вези са решењем Великог кривичног већа, StV 2008, стр. 14, 17.

[75] Савезни уставни суд, NStZ 2006, стр. 680, 681, бр. 5.

[76] Европски суд за људска права, JR 1968, стр. 463, 466; види и: *Bruns,* Извештај поводом 50. Конгреса немачких правника, извештај са сесије K82.

[77] *K. Weber,* JR 2008, стр. 36; види и: *Heghmanns,* ZjS 2008, стр. 197, 200.

Израчунавања везана за условне осуде, која су предузели и Scheffler[78] и Heghmanns,[79] показала су да се време које се узима као меродавно за условну осуду пре достиже у оквиру модела урачунавања него модела извршења. Scheffler је дошао до резултата да су управо учиниоци којима су изречене релативно високе казне, те против којих је уз то изречена и мера истражног затвора, у ствари на највећем добитку након извршене системске измене, а да је положај учинилаца привредних деликата заправо погоршан.[80] Ако бацимо поглед на објављене одлуке Савезног врховног суда у последње 3-4 године, а које су везане за неразумно дуго трајање поступка, видећемо да су поступци везани за привредне деликте у мањини. У већини случајева ради се о другим деликтима (тешко убиство, пљачка, тешка изнуда, силовање, тешко сексуално злостављане деце, тешки случајеви подметања пожара, тешка кривична дела прикривања из заната, тешке телесне повреде, чланство у некој терористичкој организацији).[81] Због тога не можемо а да не поставимо питање да ли је Велико кривично веће у свом настојању да из разлога генералне превенције оштрије казни привредни криминал уопште имало у виду последицу у односу на кривична дела насиља, а коју је описао Scheffler.

Велико кривично веће у свом закључку износи претпоставку да и у складу са извршним моделом још увек остаје простора за обуставу поступка због постојања процесне сметње у виду неразумно дугог трајања поступка.[82] Ова претпоставка је неубедљива.[83]

Према моделу извршења висина казне која је примерена степену одговорности и тежини кривичног дела утврђује се независно од повреде начела правне државе приликом одуговлачења поступка. Према досадашњој судској пракси Савезног врховног суда забрана даљег кривичног гоњења, процесна сметња неразумно дугог трајања поступка, произлази међутим управо из повреде чл. 6. став 1. реч. 1. Европске

[78] *Scheffler,* ZIS 2008, стр. 269,273.

[79] *Heghmanns,* ZjS 2008, стр. 197, 201.

[80] *Scheffler* (као у фусноти 77); усп. и: *Gaede,* JZ 2008, стр. 244, који указује на то да је Савезни врховни суд првенствено постигао то да компензација сада више не може да допринесе изрицању условне осуде.

[81] Разлог за то се можда крије и у чињеници да учиниоци привредних деликата ређе посежу за ванредним правним лековима попут ревизије.

[82] Савезни врховни суд (Велико кривично веће), StV 2008, стр. 133, 137, бр. 52; види и: *Kraatz,* JZ 2008, стр. 189, 192; *Heghmanns,* ZjS 2008, стр. 197, 201; сличан став имамо и код *K. Weber,* JR 2008, стр. 36, 37.

[83] *I. Roxin,* StV 2008, стр. 14, 15.

конвенције о људским правима у вези са начелом правне државе.[84] Уколико, међутим, кршење начела правне државе у оквиру поступка треба да се утврђује тек приликом извршења кривичне санкције, дакле, не узима се у обзир у оквиру самог поступка приликом утврђивања висине казне, онда према новом моделу Великог кривичног већа у случајевима неразумно дугог трајања поступка не може да постоји процесна сметња. Heghmanns сматра, уз указивање на судску праксу Савезног уставног суда, да обустава поступка долази у обзир и код примене модела извршења, уколико би настављање поступка представљало еклатантно кршење начела правне државе и људског достојанства. При томе он превиђа да је Савезни уставни суд поступање правосудних органа које није у складу са начелима правне државе узимао у обзир приликом утврђивања висине казне, а не приликом извршења кривичне санкције. Према томе, и пре окончања поступка може да дође до обуставе поступка због одуговлачења поступка које је противно начелима правне државе. Према моделу извршења у случају одуговлачења поступка који представљају еклатантно кршење начела правне државе једино би могло да дође у обзир да нпр. окривљеном буде изречена казна у складу са степеном кривичне одговорности у трајању од 3 године, а да се онда та казна због одуговлачења поступка које је противно начелу правне државе прогласи извршеном. То, међутим, нема никакве везе са обуставом поступка због постојања процесне сметње услед неразумно дугог трајања поступка. Према закључку Великог кривичног већа такав случај је ионако само теоретски могућ. Велико кривично веће изричито указује на то да урачунавање повреде начела правне државе као такво „често мора да се ограничи тек на незнатан део казне“.[85] То значи да по правилу оно не може да поништи утврђену казну која је примерена степену кривичне одговорности. До другачијег резултата може да се дође само онда када се неразумно дуго трајање поступка као процесна сметња утврђује независно од степена кривичне одговорности, што је у супротности са ставовима Савезног врховног суда. У том смислу сам још раније разматрала и образлагала да је неопходно надовезивање на оквирну кривичноправну норму. Уколико је та оквирна кривичноправна норма већ исцрпљена услед одуговлачења поступка које је противно начелима правне државе, онда поступак мора да се обустави.[86]

---

[84] Савезни врховни суд, St 46, стр. 159, 171.

[85] Савезни врховни суд (Велико кривично веће), StV 2008, стр. 133, 138, бр. 56.

[86] *I. Roxin* (као фуснота 72), стр. 231.

Питањем односа модела извршења и судске праксе Савезног уставног суда до сада се опширније бавила – колико нам је познато – једино Bussmann-ова.[87] Она сматра да је, према судској пракси Савезног уставног суда, реч заправо о целисходности кривичноправних санкција у односу на одуговлачење поступка које је противно начелима правне државе, а тој целисходности може да допринесе и модел извршења.[88] Према Bussmann-овој, Савезни уставни суд поставља питање да ли су средства помоћу којих се извршава кривична санкција у примереном односу према прокламованој заштити правних добара која треба да се постигне том кривичном санкцијом. То, међутим, представља само један аспект испитивања целисходности, који се односи на питање смисла кривичне санкције у односу на генералну превенцију. Савезни уставни суд се у оквиру испитивања целисходности у случајевима неразумно дугог трајања кривичног поступка бави, осим тога, и аспектом специјалне превенције као циља кривичне санкције.[89]

„Околности које су измењене услед протока времена могу да појачају негативне ефекте који су код извршења државне кривичне санкције очекивани у односу на будући живот лица над којим је та кривична санкција извршена (усп. § 46. став 1. реч. 2. Кривичног законика), нпр. у случају учиниоца који се у међувремену социјално интегрисао.“

Циљ Великог кривичног већа јесте да у оквиру утврђивања висине казне узме у обзир аспект специјалне превенције код оптерећења изазваних одуговлачењем поступка које је противно начелима правне државе. Из утврђивања висине казне треба да се издвоји једино онај узрок за одуговлачење поступка који се крије у поступању правосудних органа које није у складу са начелима правне државе. Ово је, међутим, у супротности са судском праксом Савезног уставног суда, по којој начело целисходности у случају неразумно дугог трајања поступка које није у складу са начелима правне државе обавезује на то да се брижљиво испита да ли и којим средствима држава (још) може да кривичноправно поступа у односу на окривљеног.[90] Осим тога, ово није консеквентно ни са аспекта правне догматике везане за утврђивање висине казне[91], јер, како смо напред приказали (2.1), одуговлачења поступка која нису у складу са начелом правне државе воде у одређеним случајевима ка ублажавању казне.

---

[87] *Bussmann,* NStZ 2008, стр. 236ff.

[88] *Bussmann,* NStZ 2008, стр. 236, 237.

[89] Савезни уставни суд, NJW 2003, стр. 2225; NJW 2005, стр. 3485, 3486; NJW 2003, стр. 2897.

[90] Савезни уставни суд, NJW 2005, стр. 3485, 3486; NJW 2003, стр. 2897.

[91] Види у: *Kraatz,* JP 2008, стр. 189, 191, бр. 53

Осим тога, оваквим начином поступања Великог кривичног већа губи се из вида да код одуговлачења поступка која су противна начелима правне државе не може да се ради само о њиховој компензацији односно корекцији незаконитости поступка за коју је одговорна држава. Напротив, првенствено би требало да се ради о избегавању таквих одуговлачења поступка.[92] То може да се постигне само уколико поступање правосудних органа, које није у складу са начелима правне државе, за последицу нема само – по схватању Великог кривичног већа прилично маргиналну – компензацију. Одлучујућу улогу требало би да има аспект санкције.[93] Закључак Великог кривичног већа показује да блажа казна представља такву санкцију. Према тумачењу Великог кривичног већа, ублажавање казне као последица одуговлачења поступка које није у складу са начелима правне државе неодрживо је посебно код привредних деликата и мора да се укине. Обештећење долази у обзир у оквиру извршења санкције. Тиме се, међутим, начелу окончања поступка у разумном року, којег је Савезни уставни суд извео из начела правне државе и из чл. 2. став 1. Основног закона, практично одузима свако дејство. Уместо да се правосудни органи усмеравају ка томе да ефикасније поступају у предметима, моделом извршења се они заправо охрабрују на одуговлачење поступка. Захтев за окончањем поступка у разумном року, које је зајамчено као основно и људско право, може без икаквих проблема да се пренебрегне. Држава није у обавези да испуни захтев Европског суда за људска права који јој налаже да свој правосудни систем организује тако да поступци пред судовима могу да се окончају у разумном року. Кривична санкција, која је наводно примерена степену кривичне одговорности, изриче се упркос томе што поступак није у складу ни са начелима правне државе ни са Конвенцијом, са свим последицама које из тога произлазе, нпр. немогућност условне осуде, губитак права које има државни чиновник итд. Правосудним органима даје се могућност да не журе, будући да су свесни да ће њихово поступање које је противно начелима правне државе бити узето у обзир приликом извршења санкције – а и тада у највећем броју случајева у веома малом обиму. У том смислу узимање у обзир приликом извршења санкције, какво је замислило Велико кривично веће као компензацију за поступање које није у складу са начелима правне државе, не представља санкцију која би могла да подстакне државу да кадровски ојача правосудне органе, што је предуслов за ефикасно вођење и окончање поступака у разумном року.

---

[92] Види у: *I. Roxin,* StV 2008, стр. 14, 18.

[93] Види у: *Kuehne, GA* 2008, стр. 361, 367.

Нисмо сигурни да је овакав исход заиста у складу са судском праксом Савезног уставног суда. Савезни уставни суд је у оквиру сталне судске праксе везане за неразумно дуго трајање поступка указивао на значај захтева за окончањем поступка у разумном року, који поставља Основни закон.[94] Осим тога, Савезни уставни суд је објавио да он испитује да ли се у одлукама кривичних судова довољно води рачуна о ефектима захтева за окончањем поступка у разумном року, изведеног из Основног закона, или се те одлуке заснивају на нетачном поимању домета и ефеката захтева за окончањем поступка у разумном року.[95] Што је дуже трајање неког поступка услед одуговлачења за које су одговорни органи кривичног правосуђа, тим веће напоре морају, према судској пракси Савезног уставног суда, да уложе органи кривичног гоњења и судови у циљу што бржег окончања поступка.[96] Чини ми се да све то показује да Велико кривично веће не препознаје домет и значај повреде начела правне државе код одуговлачења поступка, а поготово када се компензација приликом извршења санкције често „ограничава на незнатан део санкције“.[97]

Овде не смемо да изгубимо из вида ни то да држава ни генерално, а ни у појединачном случају, не сме да по свом нахођењу одустане од извршења правоснажно изречених казни.[98] Савезни уставни суд наводи да постоји низ јасно ограничених изузетака од овог правила који су већином прошли законску регулативу или им је, пак, та законска регулатива потребна. Поред тих случајева држава може да одустане од извршења правоснажне казне лишења слободе само путем акта помиловања осуђеног лица.

Модел извршења који нуди Велико кривично веће тешко може да одговори овим захтевима Савезног уставног суда. Тај модел се заснива на сходној примени § 51. став 1, реч. 1, став 4, реч. 2. Кривичног законика. Аналогна примена може да дође у обзир само онда када може да се изврши поређење чињеничних стања која су у основи кривичних дела. У вези са могућношћу поређења Савезни врховни суд наводи једино да се у првом реду ради о нематеријалној штети коју трпи окривљени због одуговлачења поступка које је противно начелу правне државе. Исти је слу-

[94] Савезни уставни суд, NJW 1993, стр. 3254, 3255; 1995, стр. 1277, 1278; 2003, стр. 2225ф; 2003, стр. 2897.

[95] Савезни уставни суд, NJW 1992, стр. 2472, 2473.

[96] Савезни уставни суд, NJW 2003, стр. 2897, 2898.

[97] Савезни врховни суд (Велико кривично веће), StV 2008, 133, 138.

[98] Збирка одлука Савезног уставног суда 46, стр. 214, 222ф.

чај са истражним затвором.[99] Међутим, у случају истражног затвора ради се о законитом и законом предвиђеном поступку, а код одуговлачења поступка ради се о поступању државних органа које није у складу са начелима правне државе. Ово гледиште услед неједнакости и немогућности поређења чињеничних стања не допушта аналогну примену § 51 Кривичног законика. Констатација Великог кривичног већа, да оно што важи за закониту констелацију чињеничног стања тим више може да се примени на незакониту, није прихватљива. При томе морамо имати на уму и да је то што Велико кривично веће предвиђа да се у највећем броју случајева одуговлачење поступка које је противно начелима правне државе цени у оквиру извршења санкције тек у незнатном обиму неспојиво како са § 51. став 1, реч. 1. тако и са § 51, став 4, реч. 2, Кривичног законика. § 51, став 1, реч 1. Кривичног законика предвиђа урачунавање истражног затвора у казну лишења слободе у односу 1:1. Ни из § 51, став 4, реч. 1. не произлази да се урачунавају тек незнатни делови кривичне санкције која је извршена у иностранству.[100]

Све у свему, са нестрпљењем очекујемо одлуку Савезног уставног суда с тим у вези.

Усклађеност извршног модела са смерницама Европског суда за људска права потврђена је у ставовима у оној мери у којој се уопште и водила дискусија о овом питању.[101] Али и она се испитује само са аспекта компензације. Критичке примедбе које сам изнела у том смислу приказане су на другом месту.[102] Овде бисмо да укажемо само на два аспекта:

У одлуци у предмету *Кудла против Пољске* Европски суд за људска права је у вези са неразумно дугим трајањем поступка, а због све чешћег утврђивања повреде начела ефикасности поступка сходно чл. 6, став 1, реч. 1. Европске конвенције о људским правима, указао на велику опасност која настаје за сваки национални правни систем уколико у оквиру права на обраћање органима правосуђа долази до значајних одуговлачења у погледу којих лицима која се обраћају суду не стоји на располагању никакав правни лек у оквиру националног права[103] који би испунио захтеве који произлазе из чл. 13 Европске конвенције о људ-

[99] Савезни врховни суд (Велико кривично веће), StV 2008, стр. 133, 136 бр. 42.

[100] *Scheffler,* ZIS 2008, стр. 169, 274.

[101] *Bussmann,* NStZ 2008, стр. 236, 237; види и: *Gaede,* JZ 2008, стр. 422.

[102] *I. Roxin,* „Обавезујуће дејство пресуда Европског суда за људска права? Три примера из судске праксе немачких кривичних судова“, Свечаник поводом 25 година Радне групе за кривично право Друштва адвоката Немачке.

[103] Европски суд за људска права, NJW 2001, стр. 2694, 2699.

ским правима. Такав правни лек мора да буде ефикасан како у пракси тако и у закону, те мора да буде у стању да омогући примерену заштиту.[104] Дакле, и Европски суд за људска права полази од тога да је неопходно превентивно деловање у односу на одуговлачење поступка.[105] Стална судска пракса Европског суда за људска права је, поред тога, и да су државе уговорнице обавезне да своје правосудне системе организују тако да поступци могу да се окончају у разумном року.[106] Из овога може да се закључи, а што би у ствари требало да се подразумева, да повреде људских права морају да се избегавају. Додуше, Европски суд за људска права је у пресуди у предмету *Кудла против Пољске* изложио да су неопходни правни лекови путем којих подносилац представке може да оствари примерену заштиту, било превентивно, било као компензацију.[107] Међутим, у пресуди Европског суда за људска права у предмету *Сумермели против Немачке* превентивни правни лек који има за циљ ефикасност поступка означен је као најбоље решење.[108] Правни лек који има за циљ ефикасност поступка има, како наводи Европски суд за људска права, у односу на правне лекове чији је циљ искључиво компензација, неоспорне предности, пошто спречава утврђивање накнадних повреда у истом поступку и не реагује тек накнадно на повреду права.[109] У том смислу Европски суд за људска права као најбољи узор види комбинацију две врсте правних лекова – правног лека који је усмерен на ефикасност поступка и правног лека који омогућава компензацију, што постоји нпр. у италијанском закону.[110] Европски суд за људска права је у напред цитираној пресуди осудио Немачку због повреде чл. 6, став 1, реч. 1. и чл. 13. Европске конвенције о људским правима, пошто Немачка нема тако ефикасан правни лек. Право на јемство за одговорност службеног лица сходно чл. 34. Основног закона у вези са § 839. Грађанског законика Европски суд за људска права не сматра ефикасним средством у смислу чл. 13. Европске конвенције о људским правима. Европ-

[104] *Kuehne,* StV 2001, стр. 529, 536.

[105] *Gaede,* (wistra 2008, стр. 166, 171) сматра да чл. 13 Европске конвенције о људским правима у тумачењу Европског суда за људска права у случају *Кудла против Пољске* има за циљ (поновно) остваривање права садржаних у Конвенцији.

[106] Европски суд за људска права, EuGRZ 1983, стр. 371, 381; StV 2001, стр. 489, 490 бр. 42; NJW 2006, стр. 2394; усп. и: *Kuehne,* StV 2001, стр. 521, 534, и *Wiegand,* StV 2000, стр. 384, 389.

[107] Европски суд за људска права, NJW 2001, стр. 2694, 2700, бр. 159.

[108] Европски суд за људска права, NJW 2006, стр. 2389 3 LS.

[109] Европски суд за људска права, NJW 2006, стр. 2389, 2390, бр. 100.

[110] Европски суд за људска права, NJW 2006, стр. 2389, 2390, бр. 100.

ски суд за људска права одустао је од одређених захтева у погледу мера које Немачка треба да предузме само због тога што је Влада СР Немачке 18. 9. 2005. године предложила нацрт закона којим би се у немачки правни систем унела жалба због ћутања органа. Овим превентивним правним леком, како наводи Европски суд за људска права, Немачка се определила за полазиште које је на најбољи начин хармонизовано са духом система којег је оцртала Конвенција.

Овом пресудом Европски суд за људска права је, по мом мишљењу, окренуо леђа компензацији одуговлачења поступка искључиво путем новчаног обештећења, каква се често предлаже у стручној и научној литератури.[111] У том смислу Велико кривично веће заступа сасвим другачији став – додуше уз указивање на једну ранију одлуку Европског суда за људска права из 2001. Године. У складу са смерницама Европског суда за људска права не искључује се ни компензација путем исплате новчаног обештећења.[112] Велико кривично веће упућује на правне системе других земаља уговорница који садрже такву регулативу, као што су Шпанија, Италија, Француска. Како произлази из одлуке Европског суда за људска права у премету *Гонзалес Мартин против Шпаније*, шпански правни систем познаје два правна лека у случају да лице против којег се води поступак сматра да се његов поступак претерано одуговлачи: ако жалба, коју је то лице уложило на суду пред којим се тај поступак води, нема успеха, оно има право да сходно чл. 24, став 2. Устава Шпаније сазове Уставни суд ради убрзања поступка. Осим тога, он има право да у складу са §§ 292. ff шпанског Закона о уређењу судова поднесе захтев за обештећење због мањкавости у поступању правосудних органа.[113] У одлуци Европског суда за људска права у предмету *Кудла против Пољске* ови правни лекови се сматрају ефикасним.[114] Италија предвиђа, као што смо већ приказали, такође два правна лека, жалбу због ћутања органа и обештећење у новцу, што Европски суд за људска права сматра узорним решењем. У Аустрији се одуговлачење поступка које може да се избегне, а за које су одговорни правосудни органи, узима у обзир приликом утврђивања висине казне. Сходно § 34, став 2. аустријског Кривичног законика казна се у таквом случају ублажава. Осим тога, и аустријско право позна-

[111] *Wohlers,* JR 1994, стр. 138, 143; *Paeffgen,* StV 2007, стр. 487, 494; *Weigand,* StV 2008, стр. 38, 44; *Scheffler,* ZIS 2008, стр. 269, 278.

[112] Савезни уставни суд (Велико кривично веће), StV 2008, стр. 133, 136, бр. 41.

[113] Европски суд за људска права, NJW 2001, стр. 2691, 2692.

[114] Европски суд за људска права, NJW 2001, стр. 2694, 2700, бр. 154.

је институт жалбе због ћутања органа.[115] Из пресуде Европског суда за људска права у предмету *Moté против Португала* произлази да у португалском Закону о кривичном поступку од 1. 1. 1998. године постоји ефикасан институт захтева за ефикасношћу поступка (§§ 108, 109. португалског Закона о кривичном поступку).[116]

Уколико имамо у виду судску праксу Европског суда за људска права и правне системе других држава уговорница, не стиче се недвосмислен закључак о стварној усаглашености модела извршења који предлаже Велико кривично веће са судском праксом Европског суда за људска права.

VI Закључак

Велико кривично веће, у свом закључку од 17. 1. 2008. године, с правом је констатовало да дотадашњи начин узимања у обзир одуговлачења поступка које је противно начелима правне државе показује ограничења приликом утврђивања висине казне у појединачним случајевима (код смештаја у установу за чување као мере безбедности, код законом предвиђених минималних казни, код тешког убиства).

Урачунавање одуговлачења поступка које је противно начелима правне државе, а које предлаже Велико кривично веће, није убедљиво.

Због одуговлачења поступка, које је противно начелима правне државе, основ за утврђивање висине казне у датом случају може да буде само умањена кривична одговорност у складу са § 46, став 1, реч. 1. Кривичног законика.

Не долази у обзир аналогија са § 51. Кривичног законика.

Усаглашеност модела извршења са судском праксом Савезног уставног суда и Европског суда за људска права није недвосмислена.

Могућности решења:

Држава треба да организује свој правосудни систем у складу са захтевима Европског суда за људска права, дакле, тако да омогући да се поступак пред судом оконча у разумном року. Ако имамо у виду недовољна средства која нам стоје на располагању, онда ово решење у суштини представља утопију.

Потребно је да се саслушају ставови из стручне и научне литературе који законодавцу говоре[117] да се коначно изгласа нацрт закона који по-

[115] *Kraatz,* JR 2008, стр. 189, 195.

[116] Европски суд за људска права, NJW 2001, стр. 2693 („Moté protiv Portugala“).

[117] *Ress,* Свечаник за Mueller-Dietz-а (2001), стр. 627, 628; *Kraatz,* JR 2008, стр. 189, 195.

стоји још од 18. 9. 2005. године, а који садржи могућност улагања жалбе због ћутања органа.

Одуговлачења поступка која су противна начелима правне државе, а која се и поред тога јављају, узимаће се у обзир приликом утврђивања висине казне, односно, у екстремним случајевима довешће до обуставе поступка. У малом броју појединачних случајева, на које не може да се примени модел утврђивања висине казне, примењиваће се модел извршења.

Превод са немачког језика: проф. Данка Стојаковић

Imme Roxin
Lawyer of Munich

Summary

The Grand Panel in Criminal Matters rightly noted in its conclusion dated 17 January 2008 that the by-then mode of taking into account the delays of the proceedings, which is contrary to the principles of a law-based state, manifests limitations in determining the terms of penalty in individual cases (in the case of placing in a custodial institution as a measure of security, in the case of minimal penalties envisaged by the law, in the case of aggravated murder).
Allowing for the delay of the proceedings that is contrary to the principles of a law-based state, and which is proposed by the Grand Panel in criminal matters, is not convincing.
Due to the delay of the proceedings that is contrary to the principles of a law-based state, the basis for determining the terms of penalty may in a given case be only a mitigated criminal liability in accordance with § 46 paragraph 1, of the Criminal Code.

Analogy with § 51 of the Criminal Code is out of the question.
Compliance of the enforcement model with the jurisprudence of the Federal Constitutional Court and of the European Court for Human Rights is not unambiguous.
Possibility of solution:
A state needs to organize its judicial system in conformance with the requirements of the European Court for Human Rights, i.e., to enable completion of the proceedings before a court within a reasonable time period. If we take into account insufficient resources available to us, this solution is actually utopian.
It is necessary to hear the views from the professional and scientific literature which are telling the legislator[1] that finally be adopted the draft law which has been in place ever

[1] Ress, Red Letter Day for Mueller-Diety (2001), pp. 627-628; Kraatz, JR 2008, p. 189 and p. 195.

since 18 September 2005, and which incorporates the possibility of lodging an appeal because of the silence on the side of the authority.

Delays of the proceedings that are contrary to the principles of a law-based state, and which nevertheless do occur, will be taken into account at determining the terms of penalty or, in extreme cases, will lead to suspension of the proceedings. In few individual cases to which the model of determining the terms of penalty cannot be applied, the model of enforcement will apply.

UDK: 343.121.4(497.11)

Др Слободан Бељански
адвокат, Нови Сад

ПОЛОЖАЈ ОДБРАНЕ У НАЦРТУ НОВОГ ЗАКОНИКА О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

– Преимућства и замерке –

Права окривљеног и положај одбране у нашем кривично-процесном законодавству, ако занемаримо Закон о кривичном поступку из 1948. године[1] и новелу из 1973. године, у постепеној су и систематској прогресији. Видан напредак донео је ЗКП из 2001. године. Уз одређене недостатке, томе је допринела и новела из 2009. године.[2]

Ова тенденција у последње време изложена је искушењима проистеклим из настојања да се постигне већа ефикасност правосуђа и остваре бољи резултати у борби против организованог криминала, корупције и прања новца, с једне стране, и да се одрже стандарди права на поштено суђење, установљени широким кругом међународних правних аката и богатом праксом Европског суда за људска права (у даље тексту: ЕС), с друге стране.

---

[1] Закон о кривичном поступку и Законик о кривичном поступку у даљем тексту биће означавани скраћеницом ЗКП.

[2] О овоме више: Грубач, М., *Судбина једног законског предлога (поводом Закона о изменама и допунама ЗКП од 3. 9. 2009)*; Бељански, С., *Споразум о признању кривице – предности и недостаци*, Бранич, 2/2009, стр. 7–28.

Почетком јануара 2009. год. Министарство правде формирало је радну групу за израду текста новог ЗКП, којим би био регулисан другачији тип истраге и учињен корак даље у приближавању акузаторском поступку. У току марта 2011. године, радна група је, након јавне расправе о претходној радној верзији нацрта, предала Министарству правде завршну радну верзију нацрта ЗКП (у даљем тексту: Нацрт).

Основно преимућство које Нацрт доноси правима одбране је маргинализација инквизиционих елемената поступка, разрада и јачање начела контрадикторности и прелазак на адверзативни модел главног претреса. Енергични отпор са којим је од стране дела адвоката и неких стручних кругова дочекана идеја о преласку на тзв. тужилачку истрагу,[3] претежно је био мотивисан разлозима практичне природе, заснованим на оправданом неповерењу у спремност и способност јавног тужилаштва да на објективан начин, уз пуно поштовање права друге странке, води истрагу. Овакав отпор имао је своје емпиријско покриће у системској подређености тужилаштва извршној власти, у његовој честој политичкој инструментализацији и у његовом дубоком и иманентном хендикепу када су у питању непристрасност, прихватање „једнакости оружја“ и изгледи да се напусте стечене навике, затворена кадровска политика и „идејна“, а не само функционална повезаност са органима силе. Принципијелно, међутим, овај модел истраге припада акузаторском поступку. Осим тога, ни значајан број истражних судија, отворено или прикривено наклоњених тужилаштву и полицији, није уливао потребно поверење. Најзад, било би крајње изненађујуће да адвокати, упркос давнашњем, а поготово новијем искуству, и даље имају поверење у дужност суда да утврђује тзв. материјалну истину, и да зазиру од „такмичарског“ духа поступка и од могућности да се на главном претресу, знањем, вештином аргументације и уз пуну одговорност за своју иницијативу, надмећу са тужиоцем и боре за права окривљеног.

Нацрт садржи и низ других промена. Предвиђено је да поуке о правима окривљеном морају бити дате „увек пре првог саслушања“, а не као што је сада случај „најкасније на првом саслушању“. Проширено је право на обавезну одбрану. Када је основ обавезне одбране доња граница запрећене казне, Нацрт је помера са десет на осам година. Окривљени мора имати браниоца и у случају мере забране напуштања стана и скривљеног одсуства са главног претреса, било да се ради о неспособности коју је сам проузроковао, било да је због нарушавања реда удаљен из суднице.

[3] Округли сто одржан у организацији Адвокатске коморе Србије 6. 11. 2010. године.

Новост представљају и два ограничења, са циљем да се допринесе делотворности одбране. У поступку за кривично дело за које је прописана казна затвора од десет година или тежа казна бранилац може бити само адвокат са најмање пет година адвокатске праксе или праксе у суду или тужилаштву на изборној функцији. Ова одредба наишла је на оштро супротстављање младих адвоката, јер не представља само ограничење права на рад, него може довести и до практичних проблема и застоја у раду уколико у току кривичног поступка дође до промене правне квалификације која би захтевала и промену браниоца.

У Нацрту, ипак, има и решења која су с разлогом могла бити оспоравана.

Као члан радне групе, аутор овог чланка је ставио више примедаба на завршну верзију Нацрта. Када је реч о правима окривљеног и положају одбране предложио је, између осталог: бољи назив за „трајну заједницу“ живота, мања ограничења слобода и права окривљеног у скраћеном поступку, већу доступност списа, шири домашај јемства, потребу детаљне разраде метода проналажења и припремања доказа од стране одбране, обезбеђења браниоца када се кривични поступак води против непознатог учиниоца кривичног дела, ограничење посебних доказних радњи, изостављање кривичног дела *злоупотреба службеног положаја* из групе кривичних дела због којих се могу применити посебне доказне радње, увођење доказног рочишта у истрази и апсолутну немогућност заснивања пресуде на доказу на коме се пресуда не може засновати.

„Трајна заједница живота“ је у законском значењу израза означена као заједница два лица која по трајању и узајамним обавезама има одлике породичног живота (чл. 2. ст. 1. тач. 25).[4] Будући да овај социјални феномен повлачи овлашћења која се одражавају на права окривљеног, па и на његову одбрану (ангажовање браниоца, изјављивање жалбе) потребно је било отклонити несумњиву противречност између термина којим се временском фактору даје апсолутни карактер и аналогне заједнице чија је трајност релативна. Није, међутим, прихваћен предлог да се таква заједница означи као „трајнија“, а не као „трајна“.

Када је прописано да покретање кривичног поступка има за последицу ограничење одређених права, ове последице, за кривична дела за која је прописана као главна казна новчана казна или затвор до три године, делују од дана доношења осуђујуће пресуде, без обзира да ли је постала

[4] Нумеричка ознака члана уз који је наведено и „ЗКП“ односи се на важећи ЗКП, а број члана без додатне ознаке, осим ако је претходно поменут назив неког другог закона, односи се на финалну верзију нацрта новог ЗКП.

правоснажна (чл. 20. ЗКП). Према нацрту новог ЗКП такве последице, међутим, требало би да у скраћеном поступку делују од одређивања главног претреса или рочишта за изрицање кривичне санкције (чл. 10. ст. 3. тач. 2). Када се има у виду да је скраћени поступак проширен и на кривична дела за која је прописана казна затвора до осам година, јасно је да ће права окривљеном бити ограничена и услед померања иницијалног фактора на ранију процесну радњу (од одређивања главног претреса, уместо од доношења првостепене пресуде) и услед значајног ширења криминалног подручја (померање запрећене санкције са три на осам година затвора). Није прихваћен предлог да се одредба измени утолико што би ограничење важило „од доношења првостепене осуђујуће пресуде у скраћеном поступку за кривично дело за које је запрећена новчана казна или казна затвора до три године“.

У Нацрту није мењано право окривљеног и браниоца да пре првог саслушања прочитају кривичну пријаву, записник о увиђају и налаз и мишљење вештака. Изостављање захтева за спровођење истраге, као природна последица промене типа истраге, водило би смањењу права и изостанку информација које је захтев за спровођење истраге морао да садржи, а пре свега информација о постојећим доказима и доказима чије прибављање тужилац предлаже (чл. 242. ст. 3. ЗКП). Тај недостатак не може се надокнадити само читањем кривичне пријаве, а поготово наредбе за спровођење истраге. Наредба не садржи доказе, а може бити донета и читавих месец дана од дана када је тужилац обавештен о првој доказној радњи (чл. 296). С друге стране, кривична пријава углавном је неформалног карактера, јер се у одредби чл. 280. и др. не наводи шта сама пријава мора да садржи, него се истиче једино то да је подносилац пријаве дужан да наведе „и друге доказе“, али не и да је те доказе дужан да формално наведе у самој пријави. Због тога је у првобитној верзији нацрта било предвиђено право окривљеног и браниоца да прочитају кривичну пријаву са свим прилозима. Чињеница да је додатак „са свим прилозима“ изостављен из чл. 68. ст. 1. тач. 6. и чл. 71. тач. 2. водиће смањењу права у свим ситуацијама у којима непрецизност одредби о садржају кривичне пријаве омогућује да из њеног садржаја буду издвојени подаци о доказима које је подносилац навео.

У вези са овим проблематична је и одредба која даје право јавном тужиоцу да оцени у ком ће року омогућити окривљеном и браниоцу да размотре списе и разгледају предмете који служе као доказ и да то њихово право одложи уколико је више лица осумњичено, све док се не саслуша и последњи осумњичени који је доступан (чл. 303. ст. 1).

Одредбом чл. 301. дато је право осумњиченом и његовом браниоцу да прикупљају доказе и други материјал током истраге и да у том циљу разговарају са лицем које им може пружити податке корисне за одбрану, да од тог лица, осим ако се ради о оштећеном и лицима која су већ испитана од стране полиције или јавног тужиоца, уз његову сагласност прибављају писане изјаве и обавештења, улазе у приватне просторије, или преузимају предмете и исправе, које могу користити само као помоћни материјал у току испитивања сведока или провере веродостојности његовог исказа, или као основ за доношење одлуке о испитивању одређеног лица као сведока од стране јавног тужиоца или суда.

Није прихваћен предлог да се ово право односи на цео ток поступка и да се детаљно регулише.[5]

---

[5] Предлог аутора овог чланка, ослоњен на нека упоредна решења, гласио је:

Проналажење и припремање доказа од стране браниоца

Члан 193а

(1) У циљу проналажења и припремања доказа (чл. 71. тач. 6.) бранилац има право:

1) да разговара са лицима од којих може да сазна податке корисне за одбрану и да од тих лица прибавља писане изјаве и обавештења на начин прописан овим закоником;

2) да улази у приватне просторије или просторе који нису отворени за јавност, у стан или просторе повезане са станом, уз пристанак лица која располажу таквим објектима, или на основу наредбе суда којом му је то омогућено;

3) да од државних органа, органа локалне самоуправе, од правних и физичких лица која имају јавна овлашћења и од других правних лица тражи и добија документе, списе и обавештења.

(2) Овлашћење из тач. 1. става 1. овог члана не односи се на оштећеног и на лица која су већ испитана од стране полиције или јавног тужиоца.

(3) Радње из ст. 1. овог члана могу бити предузете од стране браниоца или, на основу његовог пуномоћја, од стране његовог адвокатског приправника, адвоката који га замењује, овлашћеног приватног детектива и техничког саветника.

Контакти са лицем које може бити сведок

Члан 193б

(1) Приликом предузимања радњи из чл. 193а ст. 1. тач. 1. овог законика, бранилац је дужан да обавестити лице са којим намерава да разговара:

1) да има својство лица из члана 193а ст. 3. овог законика, уз навођење назива суда, назива кривичног дела и врсте поступка који је у току;

2) да је циљ разговора проналажење и припремање доказа;

3) да постоји забрана из става 2. овог члана;

4) да није дужно уопште да одговара на питања или да даје изјаву или обавештење;

5) да разговор и давање изјаве или обавештења нису дозвољени о питањима која су лицу из члана 193а ст. 3. овог законика о истом случају већ постављена од стране јавног тужиоца или полиције и о одговорима које то лице је њима дало;

6) да се писана изјава сачињава и обавештење узимају и користе на начин прописан у члану 193в овог законика.

Нису прихваћени ни предлози да се примена јемства прошири и на остале разлоге за одређивање притвора, да се посебне доказне радње, у случају сумње на припремање кривичног дела, ограниче само на тајни надзор комуникација и на тајно праћење и снимање без могућности продужења трајања, да се кривично дело *злоупотреба службеног положаја* брише из групе кривичних дела на која се односе посебне доказне радње, да се искључи могућност да се из „важних разлога“, а и уопште, додатно

---

(2) Пре и током разговора и постављања питања бранилац не сме да лицу из члана 193а ст. 1. тач. 1. овог законика даје обавештења о врсти и садржају прикупљених или изведених доказа у кривичном поступку и о начину на који се окривљени брани, нити да, непосредно или посредно, утиче на садржај одговора, да даје до знања какви би одговори били пожељни, а какви непожељни и да прибегава обмани, претњи, принуди, или обећању или давању награде или друге погодности.

(3) Ако се лице из члана 193а ст. 1. тач. 1. овог законика налази у притвору, за разговор са њим и за прибављање од њега изјаве или обавештења бранилац мора тражити и добити посебно одобрење од судије за претходни поступак, под условом да је то лице у свом предмету испитано од стране јавног тужиоца и да је претходно о оваквом разговору и давању изјаве разговарало са својим браниоцем.

(4) Ако лице из тач. 2. става 1. овог члана ускрати пристанак, на предлог браниоца приступ може одобрити суд наредбом у којој се означава објекат, и начин и време спровођења наредбе.

(5) Органи и лица из тач. 3. става 1. овог члана дужни су да поступе по захтеву браниоца у року од 30 дана, а када се ради о притворском предмету у року од 7 дана од дана пријема захтева, ако другим законом није друкчије одређено. Ако не удовоље захтеву у наведеном року, бранилац може тражити од суда да нареди достављање тражених података или исправа.

(6) Ако суд донесе наредбу из става 5. овог члана, а лице коме је наређено достављање података или исправа не поступи по наредби, суд ће новчано казнити службено или одговорно лице казном...

Узимање и коришћење писане изјаве од лица које може бити сведок

Члан 193в

(1) Ако лице из члана 193а ст. 1. тач. 1. овог законика пристане да да писану изјаву, изјава мора бити узета на начин прописан у члану 240. и 241. овог законика и садржати:

1) датум када је изјава дата;

2) личне податке лицу које је изјаву узело и о лицу које је изјаву дало;

3) сва обавештења из члана 193б став 1. овог законика;

4) чињенице које се наводе у изјави;

5) власторучне потписе лица које је изјаву узело, лица које је изјаву дало и лица која давању изјаве присуствују, и печат адвоката;

(2) Ако лице из става 1. овог члана пристане само да да обавештења, ова ће бити забележене од стране браниоца или лица које је овластио (чл. 193а ст. 3).

(3) Изјава и обавештење из става 1. и 2. овог члана прилажу се списима браниоца.

(4) Бранилац је дужан да као тајну чува податке којима лице из става 1. овог члана себе теретило за кривично дело и да изјаву или обавештење са таквим подацима уништи.

продужава тајни надзора комуникација, тајно праћење и снимање, рачунарско претраживање података и ангажовање прикривеног иследника. На разумевање већине у радној групи није наишао ни предлог да се уведе доказно рочиште у истрази, нити предлог да коришћење доказа на којима се пресуда не може заснивати представља, без икакве потенцијалне релативизације, апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка.

Министарство правде показало је корисну предострожност. Након достављања Нацрта, затражило је од Савета Европе мишљење о усклађености Нацрта са Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода (у даљем тексту: ЕК), праксом Европског суда и другим међународним правним стандардима. Уједно, обратило се и канцеларији ОЕБС у Београду тражећи стручно мишљење о неколико спорних питања у вези са мерама посебне заштите сведока, тајним праћењем и снимањем, надзором разговора и преписке окривљеног са браниоцем, присуством осумњиченог и браниоца доказним радњама и њиховим упознавањем са прикупљеним доказима.

Савет Европе доставио је нацрт мишљења експертске групе од 26. 05. 2011. године, а ОЕБС је доставио своје мишљење од 27. 05. 2011. године.[6]

У Мишљењу СЕ има више корисних сугестија, али и површних запажања и сувишних указивања, па и пуких превида који, уколико нису последица грешака у преводу, бацају сенку на савестан приступ. Тако се, на пример, не уочава: да је кршење претпоставке невиности забрањено и у Закону о јавном информисању, а да је чл. 336а новелираног

---

(5) Изјава и обавештење из става 1. овог члана могу се користити само као помоћно средство које служи браниоцу током испитивања сведока или током провере веродостојности његовог исказа, у складу са овим закоником.

(6) Изјава и обавештење који су узети уз повреду одредаба овог законика не могу бити коришћена у кривичном поступку.

[6] Нацрт мишљења експерата Европске комисије, под ознаком DG-HL (2011)5 од 26. 05. 2011. године, дат је на основу стручне рецензије трочланог тима Савета Европе који су чинили Џереми Мекбрајд, адвокат из Велике Британије и председник Научног комитета Агенције за основна људска права ЕУ, Петер Павлин секретар у Министарству правде Словеније и Пит-Хајн Кремерс, главни јавни тужилац у пензији у Апелационом суду 'с Hertogenbosch и резервни судија на одређено време у Апелационом суду у Арнхему у Холандији (у даљем тексту: Мишљење СЕ).

Мишљење ОЕБС, под ознаком CRIM-SRB/185/2011 од 27. 5. 2011. године, дато је на основу анализе проф. др Кароља Барда са ЦЕУ у Будимпешти (у даљем тексту: Мишљење ОЕБС).

У овом раду наведени су примери из праксе ЕС на које се позивају аутори оба мишљења.

Кривичног законика („Службени гласник РС“ бр. 72/2009) прописано као кривично; да је израз *окривљени* општи назив који укључује и оптуженог; да је јавни тужилац странка, па се могућност ускраћивања радње предузете у циљу одуговлачења поступка (чл. 14. ст. 3) односи и на њега; да је у чл. 219. ст. 3. већ предвиђено право заштитника грађана да несметано посећује притворенике и са њима разговара без присуства других лица; да прикупљање (проналажење и припремање) доказа од стране одбране (чл. 301) није исто што и извођење доказних радњи (чл. 302); да постоји разлика између приговора и притужбе због неправилности у току истраге (чл. 312); да се жалба против решења може изјавити увек када није изричито прописано да није дозвољена (чл. 465). Нису изостала ни необична запажања, попут оног да је мало вероватно да ће се замерити окривљеном на кашњењима која могу проузроковати застарелост, или да могућност изрицања кривичне санкције после рочишта одржаног без присуства окривљеног у скраћеном поступку треба изричито да подлеже захтевима суђења у одсуству, укључујући и право на ново суђење.

Ипак, већина примедби и сугестија има стручно покриће и требале би да буду пажљиво размотрене. Упркос чињеници да се у Мишљењу СЕ препоручује преко стотину измена и допуна, у њему се констатује да Нацрт генерално представља један савремен процесни закон и да његове одредбе не изазивају никакве фундаменталне проблеме у вези са поштовањем европских стандарда. Сматра се да адекватна права одбране генерално постоје, али да са аспекта принципа „једнакости оружја“ и опште правичности поступка, али и због радикалне системске промене кривичног поступка, треба да буду ојачана у неколико кључних области, посебно у вези са издвајањем незаконитих доказа, истрагом одбране, суочењем са анонимним сведоцима и снажнијом судском контролом поступака тужилаца.

Наводимо неколико ставова и предлога који се директно или индиректно односе на право одбране.

У Мишљењу СЕ одредби о презумпцији невиности се замера то што је остало нејасно каква је природа дужности да се претпоставка невиности поштује, како се та дужност током поступка спроводи, да ли се њено кршење може спречити и у ком смислу оно представља разлог за жалбу тамо где штети правичности поступка. Такође, указано је да се, у складу са праксом ЕС, не истиче разлика између јавних и приватних лица, при чему се код првих примењује непосредно, а код других се прихвата да кршење само може да доведе до тога да суђење буде неправично.

Могућност да до кршења забране мучења и другог нечовечног поступања (чл. 9) дође и пре покретања кривичног поступка била је разлог да се сугерише да се забрана учини апсолутнијом и не везује само за ток кривичног поступка.

С правом се налази да дужност државних органа да јавном тужиоцу, суду или другом органу пруже потребну помоћ (чл. 19) није потпуна без истих обавеза и према браниоцу. Иако ову примедбу отклања одредба новог Закона о адвокатури која такву обавезу намеће и у односу на захтеве адвоката, то не значи да таква обавеза није могла бити унета и у ЗКП.

Сматра се да нема места искључењу захтева за изузеће ако се подноси из истих разлога који су наведени у захтеву који је одбијен, јер постоји могућност да се те околности поткрепе новим чињеницама које нису могле бити познате у време подношења одбијеног захтева. Широко постављени разлог за одбацивање захтева („ако је очигледно управљен на одуговлачење поступка“) и могућност да од отварања заседања решење донесе веће у чијем саставу је и судија чије се изузеће тражи (чл. 41. ст. 4) представљали би потенцијално ограничавање овог права.

У Мишљењу СЕ оправдано се указује да није примерено да јавни тужилац буде укључен у одлучивање о браниоцу када окривљени не може да га плати и да би о томе увек требало да одлучује суд. *Mutatis mutandis*, мада се то у Мишљењу истиче само код одбране сиромашних, ово правило требало би да важи генерално. У одредби о заједничком браниоцу, на пример, у основи је искључена одбрана саокривљеног који се у истом предмету терети за исто кривично дело, осим ако орган поступка закључи да то не би штетило интересима одбране. Имајући у виду чињеницу да је орган поступка у појединим његовим стадијумима и полиција и тужилац, произлази да ће, као што је то у одредбама чл. 76. ст. 1. и чл. 77. ст. 2. изричито речено, јавни тужилац одлучивати о браниоцу не само приликом решавања захтева за одбрану сиромашних, него и у случају обавезне одбране, а да ће и од полиције и од јавног тужиоца зависити заједнички бранилац, јер њима као органима поступка припада право да оцењују да ли то штети интересима одбране.

Примедбе експертског тима СЕ усмерене су и на ограничење броја бранилаца, на право да браниоца замењује приправник када постоји могућност изрицања затворске казне и на друге видове осигурања делотворне одбране. Не делује вероватно, наводи се, да би адвокатски приправник могао бити сматран компетентним за то да обезбеди ефикасну одбрану у смислу члана 6(3)(ц) ЕК када постоји ризик од изрицања казне

затвора (тач. 51)[7]. Такође, апсолутно ограничење броја бранилаца не води рачуна о конкретним околностима предмета, па би то могло бити у нескладу са истим чланом ЕК, будући да се у члану 372. Нацрта иначе предвиђа искључење бранилаца у случају ометања поступка. Због тога би требало омогућити ангажовање више од три браниоца тамо где то, изузетно, изискују потребе случаја и где је то потребно за обезбеђење ефикасне одбране (тач. 53).[8] Премда је у Нацрту појачана обавеза адвокатске коморе да приликом састављања списка адвоката води рачуна о томе да ли њихов практични или стручни рад у области кривичног права даје основа за претпоставку да ће одбрана бити делотворна (чл. 76. ст. 2), искуство показује да ово не гарантује да ти адвокати имају неопходну стручност или да располажу временом које могу да посвете предмету, па би пре њиховог постављања требало проверити и ова питања.[9] Оснивање Адвокатске академије, с једне стране, и обавезе адвоката које произлазе из Кодекса професионалне етике, с друге стране, а и право и дужност адвоката да у одређеним околностима затражи ослобађање од дужности одбране коју му је доделио орган поступка, требало би да чине ову примедбу сувишном.

Радна група била је подељена у погледу уређивања права осумњиченог који је саслушан и његовог браниоца да прегледају доказе тужиоца (чл. 303). Према једном решењу, осумњичени који је саслушан има право да размотри доказе „у одређеном року“, а према другом, у случају да је више лица осумњичено за исто кривично дело, тужилац може одложити разматрање доказа док се не саслуша последњи доступан осумњичени. Примедба изражена у Мишљењу ОЕБС односи се само на неодређеност термина „у одређеном року“ и на потребу да се укључи одређена мера заштите којом би се одбрани обезбедило довољно времена за припрему за суђење, док се у односу на ситуацију у вези са саокривљенима упућује на одлуку ЕС који је навео да разлози јавног интереса, у складу са чланом 6. став 3б ЕК, могу бити оправдање да се одбрани ускрате докази све док се један део таквих доказа не користи или укључује у предмет тужилаштва.[10] Ако се омогући разматрање доказа након што је последњи осумњичени испитан, а што треба да се деси пре окончања истраге, то би окривљеном обезбедило довољно времена за припрему

[7] *Богумил против Португалије*, бр. 35228/03, 7 октобар 2008.

[8] *Croissant против Немачке*, бр. 13611/88, 25 септембар 1992.

[9] *Daud против Португалије*, бр. 22600/93, 21 април 1998.

[10] *Jasper против Уједињеног краљевства*, тужба бр. 27052/95, пресуда ЕСЉП од 16. фебруара 2000, став 55.

одбране, па стога, закључује се, ова одредба не даје повода за било какву забринутост са становишта међународног права. Насупрот томе, у Мишљењу СЕ износи се схватање да је друго решење неприхватљиво, осим ако не постоје „убедљиви докази да би дозвољавање једном осумњиченом да види списе нанело штету истрази против других осумњичених који се повезују са истим кривични делом и ако одлагање не одобри суд. У супротном би ово ограничење ишло на штету права осумњиченог на „једнакост оружја“ и припрему адекватне одбране на основу чланова 6(1) и 3(б) ЕК.[11]

Другачији став, међутим, заузет је када је реч о праву Тужилаштва за организовани криминал или Тужилаштва за ратне злочине да испита сведока и без позивања окривљеног и његовог браниоца, уз услов да се судска одлука не може заснивати само на исказу тог сведока (чл. 300). Није супротно члану 6. став 3д ЕК да се не допустити окривљеном право да испита сведока кога саслушава полиција или истражни судија током истраге, али би било несумњиво кршење права одбране када би се такве изјаве користиле као доказ против оптуженог на главном претресу. Уопште узев, каже се у Мишљењу ОЕБС, сви докази морају бити изведени у присуству оптуженог и на јавном претресу да би се обезбедила могућност одржавања поступка у којем учествују супротстављене стране.[12] У том смислу ЕС је утврдио кршење члана 6. став 3д у случајевима када окривљени није имао могућност да испита или унакрсно испита било ког сведока, било током суђења или по жалби.[13] Отуда одредба чл. 300. ст. 2. може представљати кршење права оптуженог на правично суђење, уколико се изјава сведока користи као доказ против оптуженог. Недостатак процесних мера заштите којима се допушта одбрани да испита сведока разлог су за забринутост, па се препоручује да се изменом ове одредбе смањи ризик од тога да се на суђењу користи изјава сведока као доказ када одбрана није имала прилике да поставља питања сведоку или да га унакрсно испитује. У супротном случају, ову одредбу би требало изменити бар тако да се осуђујућа пресуда не може заснивати на исказу тако испитаног сведока не само искључиво, него ни у одлучујућој мери. Примећујемо да би једно од решења овог проблема могло бити управо предлагано доказно рочиште у истрази.

---

[11] *Foucher против Француске*, бр. 22209/93, 18 март 1997; *Moiseyev против Русије*, бр. 62936/00, 9. октобар 2008.

[12] *Костовски против Холандије*, ноте 5, пар 41.

[13] *Ватури против Француске*, тужба бр. 75699/01, пресуда ЕСЉП од 13. јула 2006, ст. 58–59.

Уочено је да би услове потребне за претресање адвокатске канцеларије требало проширити и на дом адвоката (чл. 156), а да би било пожељно да се обезбеди и аудио и видео снимање претреса када се он обавља без присуства сведока, или у случају претреса канцеларије или дома адвоката, када се обавља без присуства независног адвоката.

Без двоумљења је речено да не би смео опстати основ за притвор прописан у чл. 211. ст. 1. тач. 4. Нацрта (ако је за кривично дело прописана казна затвора преко 10 година одн. преко 5 година за кривично дело са елементима насиља, и ако је то оправдано због посебно тешких околности дела) пошто не спада у разлоге из чл. 5(1) ЕК, нити представља разлог који ЕС признаје за оправдано задржавање у притвору пре или током главног претреса.[14]

Код одлучивања о притвору могућност да окривљеног судија испита без присуства браниоца не би била у складу са захтевима из члана 5(4) ЕК.[15] Иако одредба чл. 212. ст. 5, која говори о року од 48 сати између хапшења и испитивања притвореног лица од стране судије, није нужно у нескладу са чланом 5(3) ЕК, сматра се да би у пракси био могућ и много краћи рок, јер се у члану 5(3) ЕК захтева да до овога дође „без одлагања“.

Указује се да би притворенику требало омогућити приступ рачунару, јер је за многе данас ово важније од „прибора за писање“. Осим тога, није јасно зашто се у чл. 218. ст. 4. предвиђа ограничење приступа већ објављеним новинама, пошто нема никаквог ограничења за то да њихов садржај притвореник сазна од свог браниоца.

Важна је оцена да формулација „ако је вероватно“ да би се комуникација притвореника са браниоцем могла злоупотребити на начин наведен у чл 220. ст. 1. представља преслаб разлог за надзор ових комуникација, а поготово да за такав надзор не може бити основ „неко друго ометање истраге“.

Сматра се непримереним овлашћење тужиоца да казни окривљеног због тога што је увредио орган поступка или учесника у поступку (чл. 102, чл. 231), пошто би ово могло да утиче, или да делује да утиче на излагање одбране и на тај начин да наруши правичност поступка. Експерти СЕ с правом налазе да одлука о томе да ли ће се за такву увреду изрећи казна треба да буде ствар суда, али би ово вероватно требало да буде други суд, а не онај који води поступак да би се одржала непристра-

[14] *Мамедова против Русије*, бр. 7064/05, 1. јун 2006.

[15] *Wloch против Пољске*, бр. 27785/95, 19 октобар 2000 и *Celejewski против Пољске*, бр. 17584/04, 4 мај 2006.

сност.[16] Поред тога, дефиниција увреде треба да буде строго протумачена тако да не спречава окривљеног да покрене питања која су од кључне важности за његову одбрану. Осим тога, нема оправдања за изузимање јавног тужиоца из круга лица која могу бити кажњена.

Када се ради о одлагању кривичног гоњења (чл. 282), истиче се да су недовољне гаранције да окривљени неће бити изложен несразмерном притиску због овлашћења које ова могућност даје јавном тужиоцу. Такође, не помиње се укљученост браниоца окривљеног у поступак који води ка одлагању, нити има судског надзора над исправношћу споразума. Под таквим околностима, не само да одлука о одлагању гоњења може бити неправедна због тога што валидна одбрана није добро размотрена, већ може довести и до притиска на окривљене да повуку пријаве против органа гоњења да заузврат не би били кривично гоњени. Неопходно је да, као и код споразума о признању кривице из члана 313. Нацрта, све одлуке о одлагању подлежу судском одобрењу и да бранилац буде укључен у све фазе тог поступка.

У вези са разрешењем браниоца због неизвршавања дужности (чл. 80. ст. 2. тач. 2), иако је ЕС признао да постоји обавеза да се интервенише тамо где су професионални пропусти одбране очигледни,[17] може доћи до ситуације да оно што некоме можда изгледа примерено професионалним дужностима, заправо представља кључни аспект одбране кога суд није свестан. Слично томе, обавеза да се разреши бранилац ако су услед промене имовинског стања окривљеног престали да постоје разлози за одбрану сиромашних (чл. 80. ст. 2. тач. 3), може нанети озбиљну штету праведности суђења ако до тога дође у поодмаклој фази поступка. Зато би исправније решење било да се обавеза плаћања наметне окривљеном, ако он сам не ангажује другог адвоката.

Треба обезбедити да до уништења незаконито прибављених доказа не дође пре него што се донесе одлука о покретању грађанског или кривичног поступка против лица умешаних у прибављање таквих доказа и пре него што се такав поступак, уколико је покренут, оконча.

Скреће се пажња и на сувишност узимања неких података од окривљеног (нпр. о девојачком презимену мајке, професионалној квалификацији, војној обавези) са аспекта начела сразмерности и циља људских права, као и заштите личних података сходно чл. 42. у вези с чл. 18. Устава, чл. 8. ЕК и ч. 5(ц) Конвенције о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података из 1981. Такође, после одлуке Европског

---

[16] *Kyprianou против Кипра* [GC], бр. 73797/01, 15 децембар 2005.

[17] *Дауд против Португалије*, бр. 22600/93, 21 април 1998.

суда у предмету *С и Марпер против Велике Британије*,[18] треба експлицитно рећи да се уносе и користе само оне информације о претходним кривичним делима које нису законским путем брисане из кривичне евиденције.

Одредбу о искључењу суочења посебно осетљивог сведока са окривљеним, осим ако то сам сведок захтева (чл. 104. ст. 4), у интересу правичности и за сведока и за окривљеног, и посебне примене начела *semi parents patriae*, требало би допунити додавањем још једног изузетка: „ако суд то дозволи, водећи рачуна о околностима осетљивости у конкретном случају, као и о правима одбране".

Према Мишљењу ОЕБС, неоткривање идентитета сведока до 15 дана пре суђења могло би знатно да ограничи припрему одбране и тако изазове проблеме у вези са принципом „једнакости оружја", који је део општег права на правично суђење из члана 6. ЕК. Овај принцип захтева да свака страна у поступку има довољно могућности да изложи случај, под условима који је не стављају у знатно неповољнији положај у односу на супротну страну.[19] У пракси ЕС у односу на анонимне сведоке, указује се у овом мишљењу, развијен је тест равнотеже по коме нема повреде чл. 6. ст. 1, у вези са са чл. 6. ст. 3д ЕК уколико се утврди да су „потешкоће под којима је одбрана радила довољно надомештене поступцима које примењују правосудни органи".[20] Да би се надокнадиле тешкоће проистекле из чињенице о анонимности сведока, одбрана мора имати могућност да оспори доказе које је изнео анонимни сведок и да добије прилику да покуша да доведе у сумњу поузданост његовог исказа. Ово се може постићи тако што ће одбрана моћи да поставља питања том сведоку (изузимајући питања која би могла открити идентитет) и што ће се обезбедити да одбрана добије и одговоре на та питања.[21]

Оспорена је могућност искључења јавности главног претреса из „других оправданих интереса" (чл. 363). Указано да мере за спречавање одуговлачења поступка могу угрозити непристрасност суда (чл. 374). Скренута је пажња на неодређеност термина „због важних разлога" као основа да се дозволи продужење трајања посебних доказних радњи. У ве-

[18] [ГЦ], бр. 30562/04 и 30566/04, 4. децембар 2008.

[19] *Ужукаускас против Литваније*, захтев бр. 16965/04, Одлука ЕСЉП од 6. јула 2010, став 45; *Kress против Француске*, захтев бр. 39594/98, Одлука ЕСЉП од 7. јуна 2001, став 72.

[20] *Костовски против Холандије*, захтев бр. 11454/85, пресуда ЕСЉП од 20. новембра 1989, ст. 43 и *Doorson против Холандије*, захтев бр. 20524/92, пресуда ЕСЉП од 20. фебруара 1996, ст 72. *Видети такође Ужукаускас против Литваније*, op. cit., ноте 2, ст. 46.

[21] *Doorson против Холандије*, op. cit., ноте 5, ст 75.

зи са јемством, затражено је обезбеђење права окривљеног да одговори на мишљење јавног тужиоца.

На крају, сугерише се да би *vacatio legis* морао бити дужи, да Законик треба да ступи на снагу тек после доношења подзаконских прописа и да се мора обезбеди више времена за припрему и обуку у вези са предстојећим променама.

Кориговање Нацрта на основу оправданих примедаба и предлога не би требало да представља проблем. Изузев ако се рестриктивна решења на штету права окривљеног и његове одбране сматрају јединим средством за превазилажење слабости у правосуђу, чак и по цену стварања нових слабости на легислативном плану.

UDK: 340.134:347.965(497.11)

Драгољуб Ђорђевић
адвокат из Београда
Председник Адвокатске коморе Србије

ШТА НАМ ДОНОСИ НОВИ ЗАКОН О АДВОКАТУРИ

Још од 2002. године адвокатура жељно очекује нови Закон о адвокатури, као и увек са доста наде, али и оспоравања из ових или оних разлога. Углавном, позната је чињеница да је адвокатура у Србији традиционална и да тешко прихвата промене. Посебно када је овај закон у питању, који су у највећем делу заиста урадили адвокати, морамо да укажемо да је управо у периоду његовог усвајања ситуација у адвокатури Србије била оптерећена споровима који су компромитовали адвокатску професију у Србији, како на домаћем, тако и на међународном плану, о чему ће касније бити речи.

Нови Закон о адвокатури је објављен у „Службеном гласнику Републике Србије“ бр. 31/2011 и ступио је на снагу 17. маја 2011. године. Овај Закон је заменио претходни који је донет још 1998. г. и објављен у „Службеном листу СРЈ“ бр. 24/98.

Рад на доношењу новог Закона

Нови Закон о адвокатури, пре него што је донет, неколико пута је био у скупштинској процедури усвајања или непосредно пред процедуром али је из необјашњивих разлога повлачен. Све се то дешавало за време

министара правде др Владана Батића (адвокат), Зорана Стојковића (судија, а на ову функцију именован је из реда адвоката), Душана Петровића (адвокат) и Снежане Маловић (радила у републичкој администрацији, била адвокатски приправник).

Прва Радна група Министарства правде за израду нацрта Закона о адвокатури деловала је у следећем саставу: Министарство правде – Јован Ћосић и Предраг Савић; Врховни суд Србије – Јанко Лазаревић; Републичко јавно тужилаштво – Драгомир Недић; Адвокатска комора Србије – Бранислав Глогоњац, Зоран Живановић и Светозар Добросављев. Ова Радна група је почела са радом 2002, радила је и у 2003. години, након чега је расформирана.

Рад на изради Закона о адвокатури, почетком 2004. наставила је нова Радна група, формирана од стране Министарства правде, чији састав су чинили – из Министарства правде: Јован Ћосић и Александар Ђорђевић; из Врховног суда Србије: Љубодраг Пљакић; из Адвокатске коморе Србије: Зоран Живановић и Милева Богдановић. Ова Радна група је са радом завршила 2005. године.

Трећа по реду Радна група коју је формирало Министарство правде, наставила је са радом 2008, дакле после готово трогодишње паузе, и радила је у саставу: Слободан Хомен, Јован Ћосић, Милица Ђунић (Министарство правде); Јовица Косић, Светозар Добросављев и Милева Богдановић (Адвокатска комора Србије).

И ова група није дуго радила, бар не званично. Одржан је само један састанак у Министарству правде, након чега је Комисија престала са радом.

Министарство правде је 2009. г., након разговора обављених са Адвокатском комором Србије, формирало нову Радну групу. Министар правде, госпођа Снежана Маловић се сагласила да чланови ове Радне групе буду, пре свега, адвокати које ће предложити Адвокатска комора Србије и тиме јасно указала на неопходност да једна независна професија, као што је адвокатура, мора сама да угради основне принципе у законски акт, којим ће се уредити деловање њене професије. И заиста, на предлог Адвокатске коморе Србије Министарство правде је именовало Радну групу, а за председника је именован Драгољуб Ђорђевић, адвокат у Београду, који је тада обављао функцију председника Адвокатске коморе Србије. Драгољуб Ђорђевић је раније два пута био члан Управног одбора Адвокатске коморе Београда, као и потпредседник АК Србије. За чланове су именовани: Јовица Косић, адвокат у Београду и секретар Управног одбора Адвокатске коморе Србије, који је током рада у адвокатури обављао и дужности заменика дисциплинског тужиоца и Дисциплинског ту-

жиоца Адвокатске коморе Београда и члана Управног одбора Адвокатске коморе Београда; Светозар Добросављев, адвокат из Новог Сада, члан Управног одбора Адвокатске коморе Србије и члан Управног одбора Адвокатске коморе Војводине у више мандата; Живорад Лекић, адвокат из Крагујевца, бивши председник АК Крагујевца и члан Управног одбора Адвокатске коморе Србије; Бранислав Глогоњац, адвокат из Београда, више пута члан Управног одбора Адвокатске коморе Београда, бивши заменик председника Адвокатске коморе Београда и члан Управног одбора Адвокатске коморе Србије; Срђан Сикимић, адвокат из Новог Сада, члан Управног одбора Адвокатске коморе Војводине. Сви чланови Радне групе за израду текста новог Закона о адвокатури овом делатношћу се баве више од 25 година.

Из Министарства правде у овој Радној групи радили су господин Јован Ћосић, начелник Одељења и тада помоћник министра правде господин Војкан Симић. За секретара Радне групе именована је консултант при Министарству правде госпођа Милица Ђунић. Из одређених разлога у раду Радне групе нису учествовали господин Симић, као ни секретар госпођа Ђунић. Исто тако треба рећи да је немерљив допринос у раду Радне групе дала шеф администрације заједничке службе Адвокатске коморе Србије и Адвокатске коморе Београда госпођица Светлана Векић, која је све време учествовала у заседању Радне групе. Ова Радна група је састанке одржавала у просторијама Адвокатске коморе Србије, са изузетком неколико састанака који су били одржани на другим локацијама. Завршно представљање новог Закона одржано је у Каштелу Ечка – морамо да напоменемо да су значајан допринос завршној презентацији пружили Министарство правде Републике Србије, посебно министарка Маловић и колеге из Адвокатске коморе Војводине, са својим председником Браниславом Вулићем. Овом састанку су присуствовали сви председници Комора у саставу Адвокатске коморе Србије, чланови Радне групе Министарства правде за израду Закона о адвокатури, неколико угледних колега, а испред Министарства правде госпођа министарка Снежана Маловић, господин Слободан Хомен и господин Војкан Симић.

Важно је напоменути да је Радна група, током рада на новом Закону, учествовала на свим округлим столовима које су организовале коморе у саставу Адвокатске коморе Србије. Такође, примила је одређени број писаних предлога од чланства, који су битни за професију. О овим примедаба дискутовало се на састанцима, а највећи број њих је усвојен, када су за то постојали оправдани разлози. Радна група је током свог деловања, све до доношења новог Закона о адвокатури, сваке среде радила у времену од 17.00 часова, често до касних сати.

Посебно указујемо на чињеницу, да смо сви били веома активни и у стављању амандмана на предлог закона који је Влада предложила, посебно уколико се текст закона и поједине одредбе нису налазиле у Нацрту закона који је саставила Комисија. Радној групи је био одређен рок за израду Нацрта: 1. децембар 2009. Показало се да је овај рок био прекратак – иако је за то постојало образложење у којем се наглашавала хитност због приступања Србије Светској трговинској организацији (СТО). Тај споразум је донео одређена решења која је било нужно нормирати на најбољи начин за адвокатуру у Србији, како то не би урадио неко ко довољно не познаје професију којом се бавимо.

Методологија у изради закона

Као што сам напоменуо, договорено је да се на тексту Закона интензивно ради сваке среде док не припремимо Нацрт текста закона. И заиста, тако је било.

Позвали смо све колеге да у Адвокатској комори Србије преузму материјале битне за рад на закону, да дају своје сугестије и предлоге. Позив је прослеђен преко Комора у саставу Адвокатске коморе Србије и преко Интернет странице АКС. Материјал је био штампан у довољном броју примерака и имао је препоруке Европске уније које се односе на адвокатуру, нарочито оне најважније из 2006. године, захтеве Светске трговинске организације које се односе на адвокатуру, као и стандарде ЕУ и ССВЕ (Савета адвокатских комора и правничких удружења Европе).

Одзив колега је био готово занемарив. Озбиљне примедбе и предлози су уследили на округлим столовима које су организовале Комора које делују у саставу Адвокатске коморе Србије. Колега Дејан Николић, један од партнера ортачког адвокатског друштва „КН“ из Београда предложио је нови облик организовања у адвокатури, који већина чланова Радне групе није подржала. Лично мислим да ћемо такав облик организовања имати у најскоријој будућности (реч је о адвокатском ортачком друштву – предузећу са ограниченом одговорношћу у коме би оснивачи могли бити искључиво адвокати и свој оснивачки удео би могли уступити само адвокатима). Било је и предлога да се дозволи оснивање представништава – испостава – филијала адвокатских канцеларија, али ни тај предлог није добио подршку.

Морамо да напоменемо и то да је сваки члан групе био задужен за нормирање одређеног дела Нацрта закона и да су понуђена решења разматрана на састанцима у веома исцрпним, понекад и жустрим дискуси-

јама. Овом методологијом рада омогућено је да сви доставе своје предлоге на понуђени текст, што је на крају углавном резултирало најбољим могућим решењима. Радна група је уважила све примедбе са округлих столова Адвокатске коморе Србије и Комора у њеном саставу.

Шта је ново у закону?

Адвокатски испит

Адвокатски испит је новина која је уведена новим Законом и примењује се од 17. маја 2011. (одложена примена). Пре тога је неопходно да се донесе Правилник о полагању адвокатског испита и да се при Коморама у саставу Адвокатске коморе Србије формирају Комисије за полагање адвокатског испита. Неупућени мисле да је адвокатски испит нека врста провере знања из правосуђа, што није тачно. Адвокатски испит представља познавање Кодекса професионалне етике адвоката, Статута коморе у коју кандидат намерава да се упише, Статута Адвокатске коморе Србије, као и Закона о адвокатури. Неопходно је и познавање међународних аката који се односе на нашу професију. Идеја је и да се посебна пажња посвети вештини адвокатуре, што је иначе посебан предмет на многим правним факултетима, посебно на најпознатијим на свету. Зато је необично што је Скупштина Србије усвојила амандман којим су судије и тужиоци који имају више од 12 година стажа ослобођени ове обавезе (последњи став чл. 6 новог Закона). Имамо утисак да је усвајање овог амандмана резултат притисака бивших тужилаца и судија, чиме је нарушено уставно начело једнакости и равноправности. Прихватањем овог амандмана омогућено је одређеним професионалним удружењима да се мешају у садржину Закона о адвокатури, што је недопустиво, посебно не на овај начин (колико знамо, адвокатура није утицала на садржину појединих одредаба приликом доношења Закона о судијама и Закона о тужилаштву). Осим што је потпуно несмислена и противуставна, јер фаворизује ове две правосудне бранше, наше је мишљење да ова одредба једноставно значи повреду једнаког права на рад.

Адвокатска академија

Законом је постављен темељ за институцију која ће се бавити едукацијом адвоката, њиховом специјализацијом за поједине области права (адвокатског деловања), организовање разних трибина, предавања, семинара, стручних саветовања и округлих столова, којима ће циљ бити поди-

зање нивоа знања адвоката, подизање компетентности и угледа наше професије. Академија није замишљена као пандан судској академији и неће представљати обавезан вид образовања адвоката, већ могућност за усавршавање и бољи пословни углед услед добијања сертификата за рад у одређеној области. Наравно, већ је у току доношење посебних подзаконских аката којима ће се уредити начин рада ове институције, програм и поље делатности, као и могућност рада у оквиру Комора у саставу АК Србије, с обзиром да је оснивање Академије предвиђено законом на нивоу Адвокатске коморе Србије. У сваком случају, Радна група је била мишљења да сертификате – лиценце адвокатима за рад у одређеној области где је неопходно да постоји доказана стручност адвоката, пре треба да дају адвокатске коморе него одређени државни органи (као што је случај са едукацијом у предметима заступања и одбране малолетника коју спроводи Правосудни центар). Радна група, али и велики број адвоката су били мишљења да едукација адвоката мора бити примерена значају и специфичностима професије и да адвокатске коморе то могу да раде на квалитетнији начин. Др Слободан Бељански, адвокат из Новог Сада, који је један од заговорника оснивања Адвокатске академије, тренутно ради на статутарном и другом нормирању ове институције у оквиру АК Србије.

Рад страних адвокатских канцеларија

Појам „рад страних адвокатских канцеларија“ подразумева рад адвоката појединаца и рад адвокатских фирми.

Нови Закон је предвидео рад страних адвоката у нашој земљи, али веома рестриктивно, што је видљиво и из коментара ССВЕ. Наиме, за настојање Радне групе да се нормира рад адвоката странаца постоје два разлога. Прво, имали смо у виду одредбе споразума са СТО које је потписала наша држава, као и изричите захтеве појединих чланица који се односе на адвокатске услуге. Другим речима, да рад адвоката страних држављана у Србији није био нормиран, у закону би постојао само један члан који би гласио: „... рад страним адвокатима је дозвољен“. Закључили смо да ову област ипак треба нормирати, што је Радна група и предложила. Други разлог јесте чињеница да само у Београду у овом тренутку неометано и без икакве контроле ради око 40 страних адвоката или адвокатских фирми, које су овде институционализоване као консалтинг предузећа. Мишљења смо да је било неопходно ово деловање увести у законске токове.

Законом је предвиђена листа А (адвокати из иностранства који могу давати својим клијентима у Србији савете из права државе из које поти-

чу и савете из области Међународног јавног права. За стране адвокате Закон предвиђа и листу Б, на коју могу да ступе тек после одређеног броја година проведених на листи А, пошто су положили правосудни испит на српском језику пред комисијом Министарства правде Републике Србије – тада могу да поступају на исти начин као адвокати држављани Републике Србије. (Може се претпоставити да, за сада, ово могу испунити углавном адвокати из земаља у окружењу). На округлом столу на коме су учествовали експерти Европске уније авоката, господин Кај Томас Пол, бивши председник АК Берлина а сада председник Комитета за прекогранични рад адвоката ССВЕ, изнео је податак да је адвокатура Немачке чак 30% увећала посао од доласка страних адвоката. То објашњава чињеницом да послове које раде за своје клијенте страни адвокати поверавају колегама у земљи домаћину, свесни чињенице да домаћи адвокати имају бржи и бољи приступ свим институцијама система.

Осигурање од професионалног ризика

Радна група је предвидела, поштујући поруке са округлих столова у Србији, да одредбе о осигурању од професионалног ризика ступе на снагу тек после уласка Србије у ЕУ, али је Влада сматрала да, у најбољем случају, може да одложи ступање на снагу ових одредаба за само једну годину.

Мишљења смо да сума коју ће адвокати плаћати на годишњем нивоу неће бити велика (осигурање би било колективно на нивоу АК Србије и не би на годишњем нивоу требало да прелази износ од 50–100 евра у динарској противвредности). Осим тога, идеја је да осигурање буде колективно и да се плаћа кроз чланарину. Радна група сматра да Статутом Коморе треба утврдити који су то случајеви који ће морати бити покривени осигурањем.

Рецимо још и то да је Србија последња држава у региону у којој адвокатска професија није имала ову врсту обавезног осигурања. За адвокате који своје клијенте заступају ван граница наше државе ова околност је била готово непремостива препрека, јер да бисте као адвокат обављали било које послове у земљама ЕУ, потребно је да поседујете полису осигурања од професионалне одговорности.

Дисциплина

Новина у Закону јесу и одредбе о казнама у дисциплинским поступцима. Међу њима је и она најригорознија – искључење из адвокатуре без права да се кандидат икада више упише у именик адвоката. Многи ће ре-

ћи да је то непопуларно, али треба признати да ће ове одредбе представљати озбиљну опомену сваком адвокату који евентуално помисли да злоупотреби професију или да учини штогод недостојно професије којом се бавимо (чл. 77)[1].

Рачун адвоката веродостојна исправа

Свима је јасно шта значи ово решење у Закону за адвокате када је у питању наплата њихових потраживања, како према физичким тако и према правним лицима.

Право на информацију

Ове одредбе значе да ће државни органи бити дужни да адвокатима дају све потребне информације које затраже од њих, осим оних које представљају државну тајну (Чл. 36)[2].

Адвокатура је власник свог именика

Коначно. Одредба члана 85. став 2 Закона о адвокатури[3] јасно говори да је акт Адвокатске коморе донет у другом степену коначан и да судска заштита код Управног суда искључује спор пуне јурисдикције.

---

[1] **Дисциплинске мере**

Члан 77

За повреду дужности адвоката и нарушавање угледа адвокатуре, адвокату се могу изрећи следеће дисциплинске мере:

1) опомена;

2) новчана казна;

3) брисање из именика адвоката.

[2] **Право на информацију**

Члан 36

Адвокат има право да, у циљу пружања правне помоћи, од државних органа, установа, предузећа и других организација тражи и благовремено добије информације, списе и доказе који су у њиховом поседу или под њиховом контролом.

Државни органи, установе и предузећа дужни су да, у складу са законом, адвокату омогуће приступ информацијама, списима и доказима из става 1. овог члана.

[3] **Право на управни спор**

Члан 85

Против другостепене, односно коначне одлуке Адвокатске коморе Србије, може се покренути управни спор.

Нема неправилне примене прописа у доношењу одлуке адвокатске коморе којом је решавано по слободној оцени, на основу, у границама и у складу са циљем прописаних овлашћења и против овакве одлуке не може се водити управни спор пуне јурисдикције.

Право из става 1. овог члана постоји и ако другостепени орган није донео одлуку о жалби у законом прописаном року.

Другим речима, суд је властан да расправља само о процесним питањима поводом нападнутог решења Адвокатске коморе Србије којим је одбијен упис одређеног кандидата, али не и да донесе одлуку којом неког кандидата уписује у именик адвоката.

Практично ово значи да ће од 17. маја 2011. године адвокатура бити одговорна за то ко је уписан у њен именик.

Организација адвокатуре у Србији

Можемо рећи да је новим Законом предвиђено и до краја разрађено питање постојања адвокатских комора у саставу АК Србије. Први пут се Законом одређује да у саставу Адвокатске коморе Србије постоје и регионалне коморе које су до сада постојале као Коморе основане Статутом Адвокатске коморе Србије. Али, новим законом је јасно предвиђено и да постоји могућност оснивања нових комора од стране Адвокатске коморе Србије.

Наравно да ће детаљи оснивања нових адвокатских комора бити строго нормирани статутом Адвокатске коморе Србије и да ће засигурно у овом поступку учествовати и Коморе чије је постојање већ утврђено Законом.[4]

Однос Адвокатске коморе Србије и Адвокатских комора у њеном саставу

Законом је детаљно предвиђена обавеза Адвокатске коморе Србије да врши надзор над правилношћу рада органа комора у њеном саставу и

---

[4] **Адвокатска комора Србије и адвокатске коморе у њеном саставу**

Члан 64

У Републици Србији постоји Адвокатска комора Србије, са седиштем у Београду, за територију Републике Србије, у чијем саставу су:

1) Адвокатска комора Војводине, са седиштем у Новом Саду;
2) Адвокатска комора Косова и Метохије, са седиштем у Косовској Митровици;
3) Адвокатска комора Београда, са седиштем у Београду;
4) Адвокатска комора Зајечара, са седиштем у Зајечару;
5) Адвокатска комора Крагујевца, са седиштем у Крагујевцу;
6) Адвокатска комора Ниша, са седиштем у Нишу;
7) Адвокатска комора Пожаревца, са седиштем у Пожаревцу;
8) Адвокатска комора Чачка, са седиштем у Чачку;
9) Адвокатска комора Шапца, са седиштем у Шапцу.

Статутом Адвокатске коморе Србије одређују се подручја надлежности адвокатских комора у њеном саставу.

Актом Адвокатске коморе Србије, у складу са њеним статутом, могу се основати и друге адвокатске коморе у саставу Адвокатске коморе Србије.

Актом из става 3. овог члана одређују се седиште, подручје надлежности, пренос јавних овлашћења и друга питања од значаја за рад новоосноване адвокатске коморе у саставу Адвокатске коморе Србије.

над вршењем јавних овлашћења. Исто тако је предвиђено да Адвокатска комора Србије може предузимати мере за отклањање уочених неправилности, укључујући и одузимање јавних овлашћења (чл. 65 последњи став).[5] Овде напомињемо да ће новим Статутом Адвокатске коморе Србије до детаља бити предвиђен начин и поступање органа АК Србије везано за ове законске одредбе како би убудуће била избегнута могућност било каквог произвољног тумачења ових одредаба Закона.

Органи Коморе

Законом о адвокатури, као што је то случај у већини европских земаља, тако је било и у ранијим законима о адвокатури у Србији и СФРЈ, уређено је које органе имају адвокатске коморе Србије (Чл. 67)[6], али је истим чланом предвиђено да ће се Статутом АК Србије ближе уредити рад органа Коморе Србије и њихова организација, мандати и начин организовања избора. Уведен је и нови орган коморе – **Савет** Адвокатске коморе Србије. Реч је о органу којег би, по функцији коју обављају, чинили Управни одбор који тренутно врши функцију, председник и потпредседници Коморе, председник Дисциплинског суда АКС, дисциплински тужилац АК Србије, председник надзорног одбора АК Србије, као и сви претходни председници АК Србије и секретари Управног одбора Адвокатске коморе Србије, такође и угледни адвокати које би Скупштина АК Србије бирала (али би њихов мандат вероватно био ограничен). Ово тело би давало препоруке органима Коморе када се ради о доношењу одлука од великог значаја и интереса за професију.

---

[5] Адвокатска комора Србије одговорна је за законито и правилно вршење јавних овлашћења и овлашћена је да предузима мере ради отклањања уочених недостатака у вршењу јавних овлашћења или рада органа адвокатских комора у њеном саставу, укључујући и одузимање јавних овлашћења, у складу са овим законом и Статутом Адвокатске коморе Србије.

Именици из става 1. тач. 1) и 2) овог члана су јавне књиге. Изводи из ових именика и потврде издате на основу података из именика јавне су исправе.

[6] **Органи Адвокатске коморе Србије**

Члан 67

Органи Адвокатске коморе Србије су: скупштина, управни одбор, надзорни одбор, председник, један или више потпредседника, дисциплински суд, дисциплински тужилац, савет и други органи утврђени Статутом Адвокатске коморе Србије.

Једно лице не може обављати више од једне функције у органима Адвокатске коморе Србије, осим ако овим законом или Статутом Адвокатске коморе Србије није другачије одређено.

Поступак избора, трајање мандата, опозив, делокруг рада и састав органа из става 1. овог члана и број потпредседника уређује се Статутом Адвокатске коморе Србије.

Одредбе овога члана су биле разлог за неаргументовану и малициозну дискусију појединих чланова АК Београда и Управног одбора ове Коморе, као и поступање које су предузели поводом овога члана. Данас је јасно да је њихов мотив био политичке природе и последица непринципијелне борбе за позиције код чланства, а у циљу омаловажавања органа и угледа Адвокатске коморе Србије, како код домаће стручне јавности, тако и на међународном плану. Овакво понашање Адвокатске коморе Београда је довело до евидентног пада угледа професије, а показало се и да штрајк који је тим поводом организован није имао јасне циљеве, да је чланство обмануто тврдњама (које и данас можете прочитати на Интернет страници Адвокатске коморе Београда) да је заустављено доношење Закона о адвокатури који ће професију ставити под контролу државе и учинити је зависном од власти. Сведоци смо да је Закон убрзо потом донет и да ништа од онога што су говорили није истина. Они су се обраћали Међународној унији адвоката и ССВЕ за заштиту угроженог независног положаја адвокатуре у Србији. Одговор који су добили на учтив начин им говори да њихови ставови нису утемељени и да су чак супротни интересу професије.

Али ова група чланова Адвокатске коморе Београда није стала на томе. Преко својих центара моћи и ментора и посредством невладине организације ИФИМЕС из Љубљане објавили су најпогрдније коментаре на рачун Адвокатске коморе Србије и њених органа, представљајући их да су поданици власти (почасни чланови те организације су Џејми Шеј, бивши портпарол НАТО-а приликом бомбардовања нашег народа, бивши председник Хрватске Стипе Месић, Јадранка Косор, хрватска премијерка, а директори су извесни Бахтијар Аљаф и Зијад Бећиревић, који је уједно и аутор текста као портпарол Адвокатске коморе Београда).

Једно је извесно, на овај начин је тешко прекршен Кодекс професионалне етике адвоката, јер сви спорови претходно би требало да се реше унутар органа Коморе. Колеге Шошкић, Недић, Кајганић, Пајевић, Ницовић, Божовић, Пањевић, Грбовић и њихови истомишљеници су ипак сматрали да против адвоката треба звати полицију, подносити кривичне пријаве и максимално их понизити на међународном плану и код домаће јавности. Та срамота у нашој професији ће убудуће дуги низ година имати своје последице. Треба констатовати да је значајна енергија адвокатуре бесповратно потрошена у бесмисленим и измишљеним споровима и борбама са измишљеним домаћим и страним непријатељима. Једно је сигурно. Наша професија је сада ослабљена и са пољуљаним ауторитетом, биће напорна наша борба за боље сутра адвокатуре, теже ћемо добијати подршку и разумевање јер смо показали слабости и, пре

свега, интелектуалну импотенцију без премца – ми који бисмо свима требали да будемо пример мудрости, разборитости и организованости.

У таквој атмосфери донет је Закон о адвокатури, оспорен од оних који нису ни покушали да учествују у јавној расправи о Закону. Само су стављали примедбе да ништа не ваља, а да нису ни прочитали Нацрт закона, чак су причали и о непостојећим решењима у Нацрту (Шошкић – друштво капитала које ће купити целу српску адвокатуру). Они нису имали конкретне предлоге да се промени оно што, по њима, није добро. Користили су се критизерством без аргумената и без жеље да учествују у изради Закона на којем се радило претходних *осам* година. За све време нису ни једном радњом и ни једним гестом указали на „пропусте". Нису се обратили својим колегама у Радној групи са предлозима, примедбама и сугестијама, а да јесу свакако би с њима било колегијалне расправе. Али то очигледно није ни било битно. Битно је било дискредитовати Адвокатске коморе Србије, њене органе... сам закон ту није био најбитнији. Последице су свакако далеко превазишле њихова очекивања... У сваком случају, код недовољно обавештеног чланства постоји неверица, али и осећање мучнине и незадовољства због свега што нам се дешава.

Наравно да има још много новина у Закону, као што су оне које се односе на лишење адвоката слободе и претрес адвокатске канцеларије, питање чувања професионалне тајне, неспојивост обављања појединих послова...

Нешто што није ушло у Закон а требало је

Радна група је у тач. 10. чл. 6. Нацрта закона о адвокатури[7] предвидела одредбу којом се за упис у Именик адвоката тражи протек најмање три година од престанка обављања правосудне или јавне функције у органу управе (наравно идеја није ни нова ни непозната, напротив, примењена је у многим земљама). Мотив којим се Радна група руководила да ова одредба уђе у Закон јесте да се спречаи корупција, нелојална конкуренција и, наравно, очигледан сукоб интереса. Међутим, Народна скупштина Републике Србије је готово, сагласним предлогом посланичких група, избрисала ову одредбу, очигледно не уважавајући озбиљне разлоге за њено постојање, са жељом да адвокатура и даље за многе „пале" функционере остане резервна професија и сигурна кућа за кадрове ове популације.

[7] Тач. 10. Протек најмање три године од престанка правосудне функције или јавне функције у органу управе, уколико је кандидат на таквој функцији био;

Закључак

Нови Закон о адвокатури, иако садржи много „додатих“ решења од страних тела, у начелу је један модеран европски закон који је, како је то истакнуто у експертском мишљењу ССВЕ, нашао неопходну равнотежу између јавног интереса и независности адвокатуре. Овај закон представља свакако нову страницу у историји српске адвокатуре и српској адвокатури отвара перспективе које до данас нису могле ни да се замисле, а то значи пре свега могућност за бољу, модернију, угледнију, компетентнију и организованију адвокатуру Србије.

Dragoljub Djordjević
President of the Bar Association of Serbia

Conclusion

We will conclude that the new Law on Law Practice, in spite of involving a substantial number of the solutions „added“ by foreign entities, is a modern European law which, as pointed out in CCBE expert opinion, managed to achieve a balance between the public interest and independence of the law practice. No doubt that this law represents a new stage in the history of Serbian law practice, which opens up the perspectives that could not have been even imagined thus far. This primarily means a possibility for a better, more modern, more reputed, more competent and a better organized law practice of Serbia.

UDK: 340.134:343.8(497.11)

др Недељко Јованчевић
адвокат из Београда

НОВИНЕ У ЗАКОНУ О ИЗМЕНАМА И ДОПУНАМА ЗАКОНА О ИЗВРШЕЊУ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА, 2011

Апстракт

Изменама и допунама Закона о извршењу кривичних санкција из 2009. и 2011. законодавац је покушао да бројним изменама и допунама учини ЗИКС од 2005. добром основом за правилно, делотворно и законито провођење извршења свих кривичних санкиција, посебно казне затвора. Новине у модификованој казни затвора – кућном затвору, су наметале обавезу законодавцу да се та процедура детаљно регулише, јер су одредбе недостајале, а пратећа појава за извршење казне затвора у стану у којем живи осуђени, наметало је и решавање проблема надзора о провођењу те казне и увођење електронског надзора. У целини гледано Изменама се тежи остваривање сврхе кривичних санкција, јер без извршења кривичне санкције сав труд правосудног апарата био би узалудан.

Кључне речи: Управа и Завод за извршење кривичних санкција, кућни затвор, мере електронског надзора, осуђени, повереник, условни отпуст.

I

Изменама и допунама Закона о извршењу кривичних санкција из 2009[1]. и од 2011. године[2], уводе се одређене новине, врши се прецизније одређивање деловања службеног особља у Управи и Заводима за извр-

[1] „Службени гласник РС“, бр. 72/2009.

[2] „Службени гласник РС“, бр. 31/2011, од 5. 05. 2011.

шење кривичних санкција, и уводи се низ детаљнијих одредби како треба поступати и проводити третман[3] осуђених код извршења кривичних санкција. Осим тога крајем 2009. године измењени су прописи који уређују радне односе државних службеника и намештеника, тако да су многи новоуведени институти из тих прописа непримењиви у односу на запослене у Управи за извршење кривичних санкција[4]. По идеји законодавца изменама закона се стварају услови за брже запошљавање нових лица у Управи, јер се наставља вишегодишњи тренд значајног пораста броја лица лишених слободе у заводима.

Изменама из 2011. се настоји прецизније одредити начин извршења казне затвора без напуштања просторије у којој осуђени станује, као нове врсте казне затвора, којом ће се растеретити смештајни капацитети завода[5] и смањити трошкови који објективно оптерећују државни буџет, што је у складу са Стратегијом за смањење преоптерећености смештајних капацитета Завода за извршење кривичних санкција, коју је донела Влада. Допуна се односи и на начин одређивања и примену мере електронског надзора, ради провођења те казне затвора. Иначе, изменама се настоји побољшати опште стање безбедности у заводима, као и прецизирање законских одредби везаних за извршење тзв. алтернативних санкција. Изменама су обухваћене одредбе које су изазвале одређене проблеме у пракси везано за премештај осуђеног, рок у коме се покреће дисциплински поступак према осуђеном, застарелост вођења дисциплинског поступка, уводе се одредбе о оцењивању запослених и одредбе везане за дисциплински поступак према запосленима и др.

У целини гледано Изменама се тежи остваривање сврхе кривичних санкција, јер без извршења кривичних санкција, сав труд правосудног апарата био би узалудан. Зато законодавац и одређује да је, сврха примене кривичних санкција сузбијање дела којима се повређују или угрожавају човек и друге основне друштвене вредности. Ова сврха се остварује путем извршења правоснажних и извршних судских одлука, како је то одређено у чл. 2. Закона о изменама и допунама ЗИКС-а извршеним 2009. год., што представља спровођење у дело оне сврхе којој се тежи из-

[3] Члан 8. и 9 Измена од 2009 године уместо израза „преваспитавање“ уводи се израз „третман“, који свакако више одговара основном циљу а то је ресоцијализација осуђеног.

„Служба за третман утврђује програм поступања према осуђеном и усклађује рад осталих служби и других учесника на њиховом спровођењу.“ Чл. 9. ст. 2. Измена.

[4] Види, Образложење Закона о изменама и допунама ЗИКС-а, од 2011.

[5] Ово се наводи у Образложење уз Предлог Закона о изменама и допунама ЗИКС, 2011.

рицањем кривичних санкција, а које су предвиђене чл. 42. и 4. Кривичног законика[6]. Поред опште сврхе извршења кривичних санкција, сврха извршења казне затвора је да осуђени током извршења казне, применом одговарајућих програма поступања, усвоји друштвено прихватљиве вредности у циљу лакшег укључивања у услове живота после извршења казне како убудуће не би чинио кривична дела.

Коначно разлози за доношење ових измена ЗИКС-а, је тежња да се изменама значајно убрза поступак заснивања радног односа у служби за обезбеђење и тиме ће се избећи штетне последице на рад државних органа (Завода за извршење кривичних санкција), и да ће се омогућити извршење казне затвора када суд одреди да се та казна извршава без напуштања просторија у којима осуђени станује (кућни затвор)[7].

II

Измене и допуне ЗИКС-а извршене 2009. године (у даљем тексту, Измене/2009) су бројне, оне су везане за отклањање неких језичких непрецизности[8] и нормативно-техничких недостатака, али је било и суштинских интервенција и сл. Измене су бројне тако да Закон о изменама садржи 122. члана и готово сваки члан, од 281 колико их има ЗИКС, дотакнут је изменама или допунама. У допунама се проширује право на посету и од стране; „даљих сродника, пријатеља и других“, (чл. 48. Измена/2009), затим права осуђеног на неограничено дописивање о свом трошку, право на поднеске, притужбе и жалбе. Осуђени се може поднеском обратити начелнику или другом овлашћеном лицу из одговарајуће службе Завода, а који је дужан да у року од пет дана од дана предаје поднеска, писмено и образложено одговори осуђеном. Осуђени има право и на притужбу Управнику Завода, због повреде права или других неправилности које су му у Заводу учињене. Управник или овлашћено лице дужно је да притужбу испита и на исту одговори решењем у року од петнаест дана. Осуђени који не добије одговор на притужбу или није задовољан донетим решењем има право да у року од 8 дана по пријему решења поднесе жалбу директору Управе, који је дужан да у року од 30 да-

[6] „Службени гласник РС“, бр. 85/2005, исправке, бр. 88, 107) 2005, бр. 72/2009. и бр. 111/2009.

[7] Образложење уз Предлог Закона о изменама и допунама ЗИКС-а, од 2011.

[8] Нпр. У Изменама из 2009 године, у чл. 3, умето међународних аката треба да стоји међународни уговори, у чл. 8. Измна, уместо ратификовани међународни уговори, одређује се „потврђеним“, у називу главе друге реч „заводских“ замењује се речју „кривичних“ као и у чл. 12. Измена и сл.

на одлучи о жалби (чл. 46. Измена/2009/. Прецизира се поступак и начин извршења новчане казне (чл. 73. Измена/2009/. За извршење је надлежан суд који је донео првостепену пресуду, а рокови за извршења и замена новчане казне у казну затвора (суплеторни затвор) су одређени у складу са чл. 51. ст. 1, 2, и 3. Кривичног законика. Неплаћена новчана казна се може заменити казном рада у јавном интересу, што је у складу са чл. 51. ст. 4. КЗ. За хиљаду динара новчане казне одређује се осам часова рада у јавном интересу, с тим што рад не може бити дужи од тристо шездесет часова. Ове одредбе се односе на изречене новчане казне за привредне преступе или прекршаје, ако законом није другачије одређено. Суд који је одлучивао у првом степену покреће поступак извршења казне рада у јавном интересу – пред организационом јединицом у саставу Управе надлежне за третман и алтернативне санкције, у року од 3 дана од када је одлука постала правоснажна. Одређује се извршење казне – рад у јавном интересу код послодавца, одређивање послодавца и врста и програм рада (чл. 75 Измена/2009). Рад у јавном интересу обавља се код правног лица које се бави пословима од јавног интереса а нарочито хуманитарним, здравственим, еколошким или комуналним делатностима. Министарство надлежно за правосуђе закључује уговор о сарадњи са изабраним правним лицем о обављању рада у јавном интересу, а избор послодавца, врсту посла и програм рада утврђује повереник, кога решењем одређује директор Управе. Директор Управе закључује уговор са послодавцем за сваког осуђеног којим се одређују међусобни односи у вези са обављањем рада у јавном интересу. За случај несреће на раду, Управа осигурава животе осуђених на казну рада у јавном интересу. У извршењу казне рада у јавном интересу повереник сарађује са осуђеним, судом, службом за запошљавање, органом старатељства, органима јединице локалне самоуправе и полицијом. Чл. 72. Измена/2009, мења се назив одељка јер се додају одредбе које говоре о припреми за отпуштање осуђеног, досада стајало само „помоћ након отпуштања“, а којим се мења чл. 174. ЗИКС-а, тако да носи назив, „Припремање за отпуштање осуђеног и помоћ након отпуштања“. У том правцу Завод је дужан да утврди програм пружања помоћи након отпуштања, а у остваривању тог програма, Завод сарађује са организационом јединицом у саставу Управе надлежне за третман и алтернативне санкције, као и органом старатељства надлежним према последњем пребивалишту осуђеног, полицијом или одговарајућом организацијом или удружењем. Завод је дужан да пре отпуштања о том обавести надлежну полицијску управу и суд који је изрекао казну затвора. Ближе прописе у вези овог члана доноси министар надлежан за правосуђе. Глава 14. Измена/2009, је посвећена радним

односима запослених у Управи, заснивању, условима које требају испуњавати за запослење, престанку радног односа, дисциплинској одговорности, због повреда радних обавеза, награђивању запослених и сл. То се односи првенствено на особље установа у којима се извршавају кривичне санкције (казне, мере безбедности, новчане казне али и друге казне/.

III

Изменама и допунама ЗИКС-а извршене 2011, (даље Измене/2011) које су бројне а неке су и суштинске, први пут се предвиђа формирање поред постојећих одељења (отвореног, полуотвореног и затвореног) и постојање *затвореног одељења са појачаним надзором*, у које ће се разврставати осуђени према којима се не може успешно спровести програм поступања, а за које постоји опасност да ће угрозити сигурност лица и имовине у Заводу, односно да ће им бити угрожена безбедност (чл. 1 Измена/2011).

Изменама се предвиђа да Служба за обезбеђење може бити опремљена службеним псима, ради проналажења опојних дрога или психоактивних супстанци и експлозивних средстава или направа. Тиме ће се повећати општи степен безбедности у заводима (чл. 2 Измена/2011). Новина је да припадници Службе за обезбеђење могу носити службено оружје за личну безбедност и ван радног времена, али по одобрењу директора Управе. У таквим случајевима онај који носи оружје дужан је да га „носи на безбедан начин“, али и да га чува да не би дошло у посед неовлашћеног лица. Наведено решење је предложено из разлога што се дешавало да су појединим припадницима службе за обезбеђење упућиване озбиљне претње за њихову личну безбедност и безбедност чланова њихове уже породице због обављања послова у Заводу.

Осуђени се упућује на издржавање казне затвора сагласно распоредном акту министра надлежног за правосуђе, али се уводи да изузетно, и на молбу осуђеног, директор Управе може из оправданих разлога одступити од распоредног акта и решењем променити место извршења казне. Против тог решења дозвољена је жалба надлежном министру у року од 3 дана, од дана пријема која не одлаже извршење (чл. 4. ст. 3. Измена/2011).

По пријему осуђеног у Завод утврђује се његов идентитет, врши се здравствени преглед и након тога му се одређује матични број у Заводу. Матични број у Заводу је број који се одређује према редоследу доласка осуђеног у Завод у току календарске године. Ово је новина и сасвим нормална и потребна законодавна интервенција ради потпуније евиденције осуђених. У погледу програма разврставања или касније накнадног разврставања (*рекласификација*) у одговарајућу „васпитну групу“, одређује

се да се то доноси одговарајућом одлуком на коју осуђени има право жалбе директору Управе, у року од 3 дана (чл. 6. Измена/2011).

Одређује се да у оквиру извршења програма поступања, осуђени обавезан да извршава радне задатке и обавезе. Ово је у складу са правом и обавезом на рад која се одређује у чл. 86. ЗИКС. У изменама се прецизирају поступци о дисциплинској одговорности осуђеног и др. У случају да је суд донео одлуку о *условном отпусту* којом је одредио да је осуђени дужан да испуни обавезе предвиђене кривичноправним одредбама уз електронски надзор, електронски надзор извршава организациона јединица у саставу Управе надлежне за третман и алтернативне санкције, преко повереника, који утврђује и прати програм извршења условног отпуста. Ближи пропис о извршењу обавеза осуђеног предвиђених кривичноправним одредбама уз примену електронског надзора доноси министар надлежан за правосуђе.

Због бројних недостатака у ЗИКС-у, изменама је одређено да ће „блиске прописе“ о избору и начину рада повереника надлежних за извршење казне рада у јавном интересу, условну осуду са заштитним надзором, извршење казне затвора без напуштања просторија у којима осуђени станује, условни отпуст уз испуњење обавеза предвиђених кривичноправним одредбама са електронским надзором и контролу примене електронског надзора према окривљеном донети министар надлежан за правосуђе (чл. 18. Измена/2011, којим се мења чл. 191а ЗИКС-а).

Прецизније се одређује рад осуђеног у оквиру програма поступања, као и могућност да се осуђени, у случајевима када је то оправдано због спровођења програма поступања или због одржавања реда и безбедности у Заводу, може преместити из једног Завода у други, по предлогу управника Завода[9], али није више предвиђена могућност подношења молбе за премештај од стране осуђеног. Предвиђени су и дисциплински преступи који раније нису били прописани, као тежи дисциплински прекршаји (чл. 12. Измена/2011). Затим, продужен је рок за подношење предлога за покретање дисциплинског поступка према осуђеном са 24 на 48 сати, и продужен је рок застарелости са 6 месеци на 1 годину, јер је због кратко ће рокова, долазило до застарелости озбиљних дисциплинских преступа.[10]

[9] У образложењу Законског текста се наводи да је слично решење предвиђено и у законодавству других земаља (нпр. Република Хрватска).

[10] У пракси се показало да се поступак није могао покренути у том року уколико је преступ учињен у суботу, недељу или дане државних празника. Иначе рок застаревања од 6 месеци био је кратак, а односио се како на изречену дисциплинску меру, тако и на изрицање дисциплинске мере (види чл. 160 Измене/2011).

Изменом закона повећан је новчани износ у односу на накнаду штете коју осуђени проузрокује Заводу, тако да ће сада Завод остваривати право на накнаду штете у парничном поступку тек ако је наступила штета у износу преко 15.000 динара (до сада је било 10.000 дин.) (чл. 15. Измена /2011).

Чланом 19. Измене/2011, допуњена је одредба члана 224. Закона о извршењу кривичних санкција, на тај начин што је додат нови став који регулише поступање председника прекршајног суда у случају када уз молбу за одлагање извршења казне прекршајно кажњеног лица нису приложени потребни докази. Оваква ситуација до сада није била прописана, због чега је у том поступку било проблема у пракси. Идентично решење превиђено је и у члану 51. став 2. Закона о извршењу кривичних санкција, који се односи на поступање председника основног суда у поступку одлагања извршења казне.

Изменама се усаглашавају одредбе о раду из овог закона са законом који регулишу односе у раду у државним органима. На овај начин се омогућава да се извршилачко радно место у Управи попуњава на начин предвиђен прописима који уређују попуњавање радних места у државним органима, ако овим законом није друкчије предвиђено. Ако се радно место не попуни премештајем, преузимањем или спровођењем интерног конкурса, Управа оглашава и спроводи јавни конкурс за попуњавање радних места. (чл. 21 Измене/2011). Подигнута старосна граница за заснивање радног односа у служби за обезбеђење у својству приправника из члана 256. ЗИКС-а, имајући у виду мали број лица који испуњавају законске услове за заснивање радног односа, а пријављивали су се на расписане јавне конкурсе. Оваква ситуација је створила додатне проблеме у пракси и проузроковала чињеницу да постоји недовољан број запослених у служби за обезбеђење у односу на све већи број лица лишених слободе (чл. 23 Измене/2011). Прописује се начин стручног усавршавања, полагање стручног испита запослених у Управи, као права и обавезе запосленог, које се обавља о трошку Завода (чл. 24. Измене/2011). Регулишу се посебни случајеви престанка радног односа запослених у Управи, затим се одређују формирање дисциплинске комисије, надлежности дисциплинске комисије и управника Завода. Извршено је прецизирање члана 278. ЗИКС-а, који уређује скупштинску контролу (чл. 29. Измене/2011).

IV

Посебно су значајне измене и допуне из 2011, везане за извршење казне затвора у простору у којем осуђени станује тзв. кућни затвор и приме-

на електронског надзора према окривљеном, ради контроле провођења овог начина извршења казне, или друге врсте санкције, а које су садржане у чл. 17. и 20. Закона о изменама и допунама ЗИКС.

Наиме, чл. 7. Закона о изменама и допунама Кривичног законика од 2009 године[11] додати су ставови 5. до 8. у чл. 45. Кривичног законика, те је уведена могућност да, осуђеном којем је изречена казна затвора до једне године, суд може одредити да се ова казна изврши на тај начин што осуђени не сме напуштати просторије у којима станује, осим у случајевима прописаним законом који уређује извршење кривичних санкција. (чл. 45. ст. 5. КЗ). Овом законском допуном извршена је нека врста модификације казне затвора и уведена је практично једна нова категорија – *кућног затвора*, која је већ раније позната у државама континента. Но, као и обично изгледа да је законодавац и овде брзоплето поступио и допунама у чл. 45. КЗ, додајући четири нова става, није решио иначе добру идеју – могућност издржавања казне затвора у просторији у којој осуђени станује. Наиме, проблеми су чисто кривичноправни (материјални) и кривичнопроцесни.

У кривичноправном смислу увођењем уз казну затвора и кућни затвор, законодавац је прихватио већ једну познату ствар која постоји у кривичним законицима држава континента, а која може да произведе многе корисне ефекте, на плану извршења кратких казни затвора, те генералне и специјалне превенције. По Роксину (*Claus Roxin*), данас је већ присутна модификација класичне казне лишења слободе у казну кућног притвора, који се данашњим савременим електронским средствима може без проблема надзирати. Предност ове казне јесте у томе што не изискује посебне трошкове, што не постоји опасност од криминалног инфицирања и што одузимању слободе даје хуману форму[12]. Иако законодавац не условљава издржавање казне у просторији у којој осуђени станује, тежином самог дела или запрећеном казном, криминалнополитички разлози би указивали да би то долазило у обзир за ситна, багателна, и средње тешка кривина дела. Познато је да се поправни ефекат код осуђених не може постићи затворским третманом, када су у питању кратке казне затвора, шта је и довело до увођења условне осуде, већ су ефекти често супротни, пошто се осуђени не може изоловати од особа са

[11] „Службени гласник РС“, бр. 72/09, од 31. 08. 2009 године. Иако по структури одговара казни затвора, овде би се радило ипак о другој врсти затвора (кућни затвор када је у питању извршење, или кућни притвор, ако је у питању мера обезбеђења присутности), јер је систем изолације и провођење те казне битно другачији од класичне казне лишења слободе која се извршава у казненим заводима.

[12] Roxin, C., *Да ли кривично право има будућност*, ЈРКК, бр. 3/98, види, стр. 13.

криминални понашањем. У том правцу Роксин, разлаже у својој расправи о „будућности кривичног права“, да „Постоји, наиме, неспорна криминалнополитичка спознаја – да се изрицањем казни лишења слободе за тзв. ситна и средње тешка кривична дела, а њихов број је највећи, (ре)социјализација скоро да не може да оствари“. Он наставља, „У затвору се не може научити како треба живети на слободи уз поштовање закона“.[13] Имајући у виду такву погодност код ове казне где се енормно смањују трошкови државе за издржавање казне, до могућности постизања поправног ефекта код осуђеног, издржавањем казне затвора у својој кући, ипак се види да је овде у питању битно другачија казна лишења слободе – кућни затвор, од класичне казне лишења слободе која се извршава у казненим заводима, шта би захтевало озбиљну и научно утемељену расправу о овом питању пре увођења овако модификоване казне затвора у Кривични законик.

Наиме, законодавац је учинио збрку када је одредио да се осуђеном, којем је изречена казна затвора до једне године, може одредити да је издржава у просторијама у којима станује (ст. 5. Чл. 45 КЗ). Наиме у Изменама КЗ се говори: „осуђеном којем је изречена казна затвора до једне године, суд може одредити да се ова казна изврши на тај начин што осуђени не сме напуштати просторије...“. како се види овде се говори о „осуђеном“ а суд који суди има пред собом окривљеног, осим тога говори се да „суд може одредити...“ не говори се који суд је у питању, да ли је то исто веће (или појединац) које је изрекло казну затвора до 1 године, или је у питању други суд али свакако извршни који пред собом има осуђеног, где се подразумева да је пресуда којом је казна затвора изречена постала правоснажна. Зато није јасно да ли је само суд који је изрекао казну надлежан да о том одлучује, па тек тада може (а не мора) да донесе одлуку о издржавању казне у кућном затвору, или суд који проводи извршење, или чак исти суд али у посебном поступку одређивања извршења издржавања казне у кућном затвору. Из закона би произлазило да то може да учини извршни суд (ст. 7. чл. 45. КЗ), јер се говори о „осуђеном“, док није јасно како то може да учини истовремено судећи суд, осим да су се странке одрекле права на жалбу на изречену казну, али и у том случају се проводи одређивање извршења казне затвора, као посебан поступак који се формално надовезује на већ проведени поступак, у којем се мора утврдити да ли постоје услови за изрицање казне кућног затвора – наиме, „суд ће водити рачуна о техничким могућностима извршења, као и о другим околностима од значаја за

[13] Roxin, C., op. cit. види детаљније, стр. 13.

одмеравање казне“ (ст. 7. чл. 45. КЗ). Даљи проблеми могу бити и на процесном плану јер није јасан основ по којем би се таква одлука могла побијати. Да се ли нпр. може жалити на казну затвора где није судећи суд одлучио о томе да може казну издржавати код куће, када то није врста санкције по КЗ. У актуелној новој пракси очито је да судећи суд приликом изрицања казне затвора до једне године истовремено одлучује да ли ће се или не казна извршити у просторијама у којима осуђени станује, што није у складу са ст. 5. и 7. чл. 45. КЗ. На овај начин се модификована казна затвора – кућни затвор, појављује као санкција неодређеног положаја у КЗ, што није у складу са темељним принципом – принципом законитости, одређеном у чл. 1. КЗ. Иначе неразумљива је свака норма која доводи до два или више различитих тумачења. Наравно, ова дилема и даље је присутна и није отклоњена Изменама ЗИКС-а, од 2011.

А) Чланом 17. Измена/2011, додата је нова „Глава – трећа а“, која се односи на „извршење казне затвора без напуштања просторија у којима осуђени станује“ (чл. 174 а). У односу на досадашње одредбе (које су биле прописане чланом 37. Закона о извршењу кривичних санкција) новине се односе на: прописивање овлашћења надлежне организационе јединице Управе, да утврди и да прати програм извршења ове казне; разлоге због којих се осуђеном може дозволити да напусти просторије у којима станује; разлоге за опозив одлуке којом се дозвољава напуштање просторија, обавеза надлежне организационе јединице Управе да обавештава суд, полицију и Управу о кршењу обавеза осуђеног, односно околностима које онемогућавају извршење казне, као и примену мера електронског надзора. Такође, усаглашене су одредбе Закона о извршењу кривичних санкција са одредбама ст. 6. чл. 45. Кривичног законика. Када суд донесе одлуку којом се одређује да се казна затвора изврши без напуштања просторија у којима осуђени станује, одлука се доставља организационој јединици у саставу Управе надлежној за третман и алтернативне санкције. Организациона јединица у саставу Управе надлежна за третман и алтернативне санкције утврђује и прати програм извршења казне затвора из ст. 1. чл. 174а, преко повереника. Повереника решењем одређује директор Управе, у року од осам дана од дана пријема извршне пресуде. Чланом 174б, одређује се да осуђени коме је одређено извршење казне затвора без напуштања просторија у којима осуђени станује не сме напуштати просторије у којима станује. Изузетно од осуђени може напустити просторије у којима станује у следећим случајевима:

– због пружања нужне медицинске помоћи осуђеном или члану његовог породичног домаћинства, ако је за пружање медицинске помоћи неопходно напуштање просторија;
– ради редовног одласка на посао, уколико кривично дело за које је осуђен није у вези са радом;
– ради похађања наставе током редовног школовања;
– због одласка на полагање испита;
– због тешке, акутне или хроничне болести, ради одласка на редовне здравствене прегледе;
– због свог венчања или смрти блиског лица;
– због обавезе старања према члановима уже породице предвиђене законом, у случају да ту обавезу не може да обавља друго лице;
– због сезонских пољопривредних радова, уколико се осуђени бави пољопривредом као сталном делатношћу;
– због боравка ван просторије у којима станује у трајању до четири сата дневно, у складу са програмом извршења казне.

Одлуку о дозвољавању напуштања просторија у којима осуђени станује, у наведеним случајевима, доноси директор Управе, на молбу осуђеног. Процедура подношење молбе и поступак се одређује овим изменама. Руководилац организационе јединице у саставу Управе надлежне за третман и алтернативне санкције, уз молбу, доставља директору Управе и мишљење о основаности молбе. Уколико осуђени није у могућности да поднесе молбу, због потребе пружања хитне медицинске помоћи осуђеном или члану његовог породичног домаћинства, осуђени може напустити просторије у којима станује. У том случају, осуђени или члан његовог породичног домаћинства у најкраћем року обавештава повереника и доставља му извештај здравствене установе о здравственом стању осуђеног, односно члана његовог породичног домаћинства. Даље се одређује процедура по прибављеном извештају здравствене установе, и одлука о дозвољености напуштања просторија у којима осуђени станује, затим поступак око опозивања такве одлуке и др. (чл. 174г, Измена/2011). Одређује се поступак одузимања одобрења, за случај да се утврди да су подаци на основу којих је осуђеном дозвољено напуштање просторије нетачни, или да осуђени злоупотребљава додељену дозволу напуштања просторије. Против одлуке којом се опозива дозвољавање напуштања просторија у којима станује, осуђени може изјавити жалбу министру надлежном за правосуђе, у року од три дана од дана пријема одлуке. Жалба не одлаже извршење одлуке. Изменама се предвиђа и процедура,

уколико осуђени самовољно напусти просторију у којој издржава казну затвора, (Члан 174д).

Б) Чл. 20 Измена/2011, додата је нова „Глава дванаеста а“ (чл. 250а и 250 б ЗИКС-а), која се односи, на поступак уградње уређаја за надзор и примене *мере електронског надзора*, према осуђеном када суд донесе одлуку да примени електронски надзор, и да контролише примену и провођења мере кућног затвора. Наиме, Управа, организациона јединица у саставу Управе надлежна за третман и алтернативне санкције, контролише поштовања ограничења која су окривљеном одређена одлуком суда, преко повереника. У овом задатку организациона јединица у саставу Управе, сарађује са полицијом, Безбедносно-информативном агенцијом или другим државним органом. О кршењу ограничења које је суд окривљеном одредио, организациона јединица у саставу Управе без одлагања обавештава суд и полицију, као и о другим околностима од значаја за примену електронског надзора (чл. 20 Измена/2011, чл. 174 ђ). Уређај за лоцирање осуђеног (одашиљач са пратећом опремом), који је нешкодљив по здравље, инсталира стручно лице, које при томе даје детаљна упутства осуђеном о начину рада уређаја. Организациона јединица у саставу Управе надлежна за третман и алтернативне санкције рукује и уређајем којим се даљински прати кретање осуђеног и његов положај у простору. Прописи којим ће се ближе уредити и избор и начин рада повереника надлежних за извршење казне затвора без напуштања просторија у којима осуђени станује, условни отпуст уз испуњење обавеза предвиђених кривичноправним одредбама са електронским надзором и контролу примене електронског надзора према окривљеном, доноси надлежан министар за правосуђе.

Закључак

Измене и допуне Закона о извршењу кривичних санкција, које су извршене 2009. и 2011, су биле усмерене у више праваца, пре свега да се језички прецизније изразе неки појмови и односи, затим нормативно-техничко побољшање правних норми, и коначно тежњом да се изменама створе услови који су основа за делотворније акције у побољшању „општег стања безбедности“ у заводима, као и побољшање досадашњих законских одредби да би се могло правилно провести извршење тзв. алтернативних санкција. Поред ових потребних измена и допуна није било неопходно уносити у овај Закон одредбе о радним односима запослених државних службеника и намештеника у Управи за извршење кривичних

санкција. Допуне везане за спровођење казне „кућног затвора“, као и одредбе о примени „електронског надзора према окривљеном“, значајне су јер су претходне одредбе о тој казни биле недовољне, а које обавља организациона јединица у саставу Управе надлежна за третман и алтернативне санкције. У разлозима за доношење измена из 2011. године се наводи да су „измене у складу су мерама предвиђеном стратегијом за смањење преоптерећености смештајних капацитета Завода за извршење кривичних санкција, коју је донела Влада“, па нам предстоји време да се уверимо да је све то било потребно и делотворно.

Nedeljko Jovančević, LLD
Belgrade-based attorney

Summary

The amendments made to the Law on Enforcement of Penal Sanctions in 2009 and 2011 have focused on a number of issues including, in particular, a desire to give more accurate linguistic formulations of certain terms and relations, to improve the normative and technical aspects of certain legal norms, to create the conditions for more effective actions towards improvement of the „general state of security“ in custodial institutions, to improve the hitherto existing legislative provisions in order to facilitate proper enforcement of the so-called alternative sanctions and, ultimately, to ensure that penal sanctions serve their intended purpose. Apart from these necessary amendments, there was no need to insert in the text of the Law provisions which govern the employment of civil servants and officials at the Directorate for Enforcement of Penal Sanctions. Major amendments include those relating to the enforcement of „home detention“ sentences, as well as the provisions concerning the application of „electronic surveillance of the accused“, carried out by an organizational unit within the Directorate responsible for treatment and alternative sanctions. The rationale for the 2011 amendments states that „the amendments are in line with the envisaged strategy aimed at relieving the strain on insufficient accommodation capacities of custodial institutions, as adopted by the Government“; it now remains to be seen whether the whole exercise was necessary and whether it will prove effective.

UDK: 343.226/.228(497.11)

Др Емир Ћоровић, доцент
Департман за правне науке
Државног универзитета у Новом Пазару

ОБЕЛЕЖЈА НУЖНЕ ОДБРАНЕ У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ СРБИЈЕ: ТЕОРИЈСКИ И ПРАКТИЧНИ АСПЕКТИ

1. Уводна разматрања

Нужна одбрана представља један од најстаријих кривичноправних института који је данас признат у већини, ако не и у свим кривичним законодавствима.[1] То не треба да чуди, јер је њена бит природноправног карактера:[2] нужна одбрана представља институт који произлази из људске „природне нужности за самоодржавањем“.[3]

[1] Занимљиво је, тим поводом, схватање Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију које је наведено у предмету „Кордић и Черкез“ да самоодбрана (тј. нужна одбрана – прим. Е. Ћ.) „представља део општих начела кривичног права које Међународни трибунал мора узети у обзир при решавању случајева који су пред њим (§ 449)“, као и да начело самоодбране „одражава правила која се налазе у највећем броју кривичних законика, тако да се може сматрати да представља правило међународног обичајног права (§ 451)“. Наведено према: Kaseze, A., *Međunarodno krivično pravo*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005, стр. 258–259 и фн. бр. 250.

[2] Lackner, K., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Verlag F. Vahlen, München, 2008., стр. 112.

[3] Исто, Bačić, F., *Kazneno pravo – Opći dio*, Informator, Zagreb, 1998, стр. 172.

У упоредноправној теорији, као и у компаративном кривичном законодавству присутне су различите концепције на којима се темељи правно дејство нужне одбране. Кривични законик Србије[4] (у даљем тексту: КЗ) у чл. 19. ст. 1. говори о нужној одбрани као основу искључења кривичног дела („Није кривично дело оно дело које је учињено у нужној одбрани“), из чега произлази да наш законодавац не прецизира које опште обележје кривичног дела у случају нужне одбране недостаје. Међутим, у домаћој кривичноправној мисли доминантно је схватање да нужна одбрана искључује противправност.[5] Кратко речено, код нужне одбране се ради о сукобу права са неправом,[6] односно о идеји да „право (*Recht*) не сме да попусти пред неправом (*Unrecht*)“.[7] Посреди је концепт који је прихваћен у легислативи и доктрини бројних држава.

Нужна одредба у смислу чл. 19. ст. 2. КЗ представља одбрану која је неопходно потребна да учинилац од свог добра или добра другога одбије истовремени противправни напад. Према томе, нужна одбрана се састоји из *напада* и *одбране.* У наредном излагању упустићемо се у расправу о наведеним обележјима нужне одбране. Након што сагледамо одговарајућа теоријска и практична гледишта указаћемо у ком се правцу постојеће законско решење може прецизније регулисати и у складу са тим изнећемо извесне предлоге *de lege ferenda*. Наглашавамо да се у овом раду нећемо бавити проблематиком прекорачења (ексцеса) нужне одбране.

2. Појам и услови напада

Напад се обично схвата као *претња по правна добра изазвана људским понашањем*.[8] Из овога следи да напад може потицати само од *човека*,

---

[4] „Службени гласник Р. Србије“, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 107/2005, 72/2009 и 111/2009.

[5] Исто, Стојановић, З., *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 76–77; Лазаревић, Љ., *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Савремена администрација, Београд, 2005, стр. 49. Како примећује Цетинићка „најновија доктрина чврсто стоји на ставу да је нужна одбрана један од три законом предвиђена основа који искључује противправност дела“. Вид.: Цетинић, М., „Поглед на нужну одбрану у евроконтиненталном и англосаксонском систему кривичног права“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2006, стр. 169.

[6] Стојановић, З., *Коментар Кривичног законика*, op. cit., стр. 87.

[7] Wessels, J., Beulke W. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2002, стр. 104.

[8] Roxin, C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band I*., Verlag C. H. Beck, München, 2006, стр. 657. Напад на сличан начин одређује и Zipf када каже да се под њим подразумева „од човека претећа повреда правно заштићених интереса“. Наведено према: Eser, A., Burkhardt, B., *Strafrecht I*, Verlag C. H. Beck, München, 1992, стр. 117.

а не, на пример, од животиње, неке силе, енергије и сл. Уколико би опасност по заштићена добра потицала од ових извора онда би се могло радити о крајњој нужди, наравно ако су испуњени услови за примену тог института. Међутим, ако се човек користио животињом или неком силом односно енергијом *као средством за извршење* кривичног дела, онда се у том случају може радити о нужној одбрани, јер напад и у овој ситуацији потиче од човека. То је неспорно и у теорији[9] и у судској пракси. С тим у вези, у пресуди Окружног суда у Београду Кж. 2878/91 од 15. 11. 1991. стоји: „Када окривљени пса кога је на њега нахушкао оштећени ножем повреди, чини кривично дело оштећења туђе ствари у нужној одбрани“.[10]

Нужна одбрана је дозвољена и против напада који потичу од *лица која нису кривично одговорна* – на пример од неурачунљивих лица или деце. Такав став је заузет и у одлуци некадашњег Врховног суда Босне и Херцеговине Кж. 426/62 од 02. 10. 1962. године, у којој је наведено да „за постојање нужне одбране нема значаја чињеница што је нападач у моменту напада био у неурачунљивом стању, јер је нужна одбрана допуштена и према лицу које је неурачунљиво, или из било којих разлога не може бити кривично одговорно“.[11] Али, иако код нападача не мора постојати кривица, субјективни супстрат мора бити присутан барем у минимуму. Наиме, *нападачева радња мора бити вољна*. Уколико се ради о радњи у објективном смислу (пуком телесном покрету без елемента воље), онда се по заштићена добра ствара опасност која може бити релевантна за конструкцију крајње нужде.[12]

Има мишљења у теорији да напад може потицати и од *правног лица*.[13] Као пример се наводи кривично дело загађења животне средине које чини нека фабрика емитовањем опасне материје, где би нападнути могао да се позове на нужну одбрану уколико би принудно зауставио технолошки процес који производи загађење.[14] Ипак, чл. 34. Закона о одговорно-

---

[9] Реч је о посредном људском нападу (mittelbaren menschlishen Angriff). Вид.: Eser, A., Burkhardt, B., *Strafrecht I*, op. cit., стр. 117.

[10] Čejović, B., *Krivično pravo u sudskoj praksi – Opšti deo*, Lion Mark, Kragujevac, 2008., стр. 100. У појашњењу ове проблематике Roxin се служи сличним примером. С тим у вези овај аутор истиче да би нападнути имао права убити пса којег је на њега нахушкао нападач, с обзиром на то да је кроз нужну одбрану оправдано уништити било које средство напада. Вид.: Roxin, C., *Strafrecht*, op. cit., стр. 658.

[11] Čejović, B., *Krivično pravo u sudskoj praksi*, op. cit., стр. 101.

[12] Стојановић, З., *Коментар Кривичног законика*, op. cit, стр. 87.

[13] Исто, Камбовски, В., *Казнено право – Општ дел*, Трето изменето издание, 2-ри Август С, Штип/ Скопје, 2006, стр. 341.

[14] Ibid., стр. 341.

сти правних лица за кривична дела Републике Србије[15] не предвиђа могућност примене института нужне одбране у односу на ову категорију учинилаца.[16] Решење за наведени случај би се у нашем позитивном кривичном праву тражило кроз институт крајње нужде.

Напад се може манифестовати у *чињењу* и, изузетно, у *нечињењу*.[17] Када је реч о нечињењу радиће се о неправом (гарантном) облику нечињења. У овој ситуацији напад се састоји у трајању односно недовршавању једног противправног стања тако да нужна обрана представља реакцију управљену на окончање тог стања.[18] На пример, нужном одбраном би се могао користити осуђеник/притвореник који је након протека времена задржан у затвору/притвору,[19] или особа која је провалила у туђ стан да би нахранила дете које је мајка, као гарант, оставила закључано и на тај начин му угрозила живот.[20] Нужну одбрану могуће је користити и када је по среди *вербални напад*. Као пример за ову могућност можемо навести случај када једно лице принудно отргне нападача од говорнице.[21]

Поред наведеног, да би постојала нужна одбрана потребно је да се испуне и следећи услови:

а) Напад према изричитој законској одредби мора бити *противправан*. То значи да нападач није овлашћен на предузимање датог понашања,[22] односно, како је то наведено у пресуди Врховног суда Србије Кж. 1336/97 од 21. 05. 1998. године, „нужна одбрана није могућа против напада који је правно заснован“.[23] Када се оцењује правност односно противправност неког понашања треба имати у виду да оно може бити заснова-

[15] *Закон о одговорности правних лица за кривична дела*, „Службени гласник Р. Србије“, бр. 97/08.

[16] Према наведеној одредби у односу на правна лица могуће је као основе искључења противправности применити дело малог значаја и крајњу нужду. Ни *Закон о привредним преступима* („Службени лист СФРЈ“, бр. 4/77, 36/77, 14/85, 74/87, 57/89, 3/90, „Службени лист СРЈ“, бр. 27/92, 24/94, 28/96, 64/2001, „Службени гласник Р. Србије“, бр. 101/2005), сходно чл. 16, не предвиђа могућност примене института нужне одбране на ову врсту кажњивих дела.

[17] Bačić, F., *Kazneno pravo*, op. cit., види стр. 174; Стојановић, З., *Коментар Кривичног законика*, op. cit., стр. 87; Сто нов, А., *Наказатално право – Обша част*, Ciela, Софија, 2008., стр. 208. Супротно: Орешкина, Т.Ю, У: *Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации*, Ред. А. И. Рарог Проспект, Москва, 2007, стр. 70.

[18] Bačić, F., *Kazneno pravo*, op. cit., стр. 174.

[19] Вид.: Ibid.; Камбовски, В., *Казенено право*, op. cit., стр. 341.

[20] Стојановић, З., *Коментар*, op. cit., стр. 87.

[21] Камбовски, В., *Казенено право*, op. cit., стр. 341.

[22] Слично: Bačić, F., *Kazneno pravo*, op. cit., str. 174-175.

[23] Čejović, B., op. cit., стр. 106.

но на општем, али и на појединачном правном акту.[24] Тако, не представља противправни напад ситуација када судски извршитељи одузимају имовину извршном дужнику током извршног поступка јер поступају на основу појединачног правног акта – решења о извршењу које је донео суд; или када полицајац лишава слободе неко лице поступајући по наредби или решењу суда (појединачни правни акти) или у другим законом предвиђеним случајевима (законско овлашћење у вези са учиниоцем који је затечен *in flangranti*).[25] За оцену правности/противправности радње засноване на неком појединачном правном акту није од значаја правна ваљаност појединачног правног акта, већ се цени његова формална исправност, односно да ли је издат од стране надлежног органа у прописаном поступку.[26] У том смислу не може се позивати на нужну одбрану притворено лице само зато што сматра да је невино.[27] Ипак, ако су прекорачени правно дозвољени оквири, или ако је реч о иначе противправним актима органа државне власти, нужна одбрана била би дозвољена.[28]

Имајући у виду да напад мора бити противправан може се закључити да није допуштена ни нужна одбрана на нужну одбрану, нити нужна одбрана на акте предузете у крајњој нужди.[29] То значи да се нападач не може позивати на нужну одбрану ако нападнути, бранећи се од напада, предузме активну одбрану управљену на неко нападачево добро, изузев у случају ексцеса, тј. радњи које представљају прекорачење нужне одбране.[30]

Напад ће бити противправан и у случају када је изазван од стране онога који се брани. У литератури се као пример за потоње наводи да се нужном одбраном може користи и љубавник удате жене од превареног мужа који хоће да га убије.[31] С тим у вези занимљива је одлука Врховног суда Црне Горе Кж. I 1/79 у којој је наведено да „на право нужне одбране

---

[24] Камбовски, В., *Казенено право*, op. cit., стр. 342.

[25] Према одредби чл. 230 *Законика о кривичном поступку* („Службени лист СРЈ“ број 70/2001, 68/2002, „Службени гласник Р. Србије“, број 58/2004, 85/2005, 115/2005, 46/2006, 49/2007, 122/2008, 20/2009, 72/2009 и 76/2010) свако има право да лиши слободе лице затечено у извршењу кривичног дела.

[26] Исто, Камбовски, В., *Казенено право*, op. cit., стр. 342.

[27] Ibid.

[28] Види: Камбовски, В., *Казенено право*, op. cit., стр. 342; Никулин, С. И., У: А. И. Рарог (ред.) *Уголовное право России, Части Общая и Особенная*, Проспект, Москва, 2007, стр. 160.

[29] Стојановић, З., *Коментар*, op. cit., стр. 88.

[30] У истом смиислу: Камбовски, В., *Казенено право*, op. cit., стр. 342; Стојановић, З., *Коментар*, op. cit., стр. 88.

[31] Стојановић, З., *Коментар*, op. cit., стр. 88.

не може се позвати оптужени који је, пратећи кретање своје супруге, исту затекао на љубавном састанку са оштећеним, те држећи пиштољ у руци и уз повик 'а, ту сте', а након тога, на оштећеног који је, као несумњиво физички јачи голорук кренуо према њему, испалио више метака из пиштоља, са истим га погодио и лишио живота".[32] Овај пример из праксе по свом чињеничном склопу веома сличи поменутом теоријском примеру, с тим да је улога актера догађаја нешто другачије распоређена. Наиме, овде није признато право на нужну одбрану превареном мужу који је затекао своју супругу са љубавником (може бити спорно то да ли је напад изазван пошто је муж пратио своју супругу и њеног љубавника). Да је, евентуално, љубавник према датим чињеницама успео да од себе или љубавнице одбије истовремени оружани напад превареног мужа, онда би се он, сходно претходно наведеном, могао позивати на нужну одбрану.

Ипак, намерно изазивање, тј. провоцирање напада искључује могућност да се учинилац позива на нужну одбрану. Овде учинилац провоцира напад да би касније, у условима наводне нужне одбране учинио кривично дело према испровоцираном нападачу. Реч је, дакле, о злоупотреби нужне одбране тако да је она у оваквим ситуацијама искључена.[33] У том правцу говори и пресуда Врховног суда Србије Кж. 1278/03 од 07. 10. 2003. године, у којој стоји: „оптужени није деловао у нужној одбрани, јер сукоб испред ресторана он је изазвао, а напад оштећених на оптуженог је био инсцениран који их је изазвао да изађу из ресторана, па се стога оптужени не може позивати на нужну одбрану или на њено прекорачење".[34]

б) Напад мора бити *управљен на неко правом заштићено добро нападнутог или другог лица*. То произлази из чл. 19. ст. 2. КЗ, јер се у тој одредби говори о одбијању напада „од свог добра или добра другога". Није на одмет подсетити да је у нашој пријашњој кривичноправној регулативи овај елемент био нешто другачије формулисан – као одбијање напада „од себе или другога". Таква формулација водила је рестриктивном тумачења овог услова, јер се у пракси сводила само на живот и тело нападнутог односно другог лица.[35]

Формулација предметног услова у важећем КЗ указује да напад може бити управљен против различитих добара, почев од личних добара,

[32] Čejović, B., op. cit., стр. 106.

[33] Стојановић, З., *Коментар*, op. cit., стр. 88.

[34] Čejović, B., op. cit., стр. 109.

[35] Стојановић, З., *Коментар*, op. cit., стр. 91.

као што су живот и телесни интегритет, затим различите врсте личних слобода и права (слобода кретања, сексуалног опредељења, верске слободе, и сл.), па до имовинских (покретна и непокретна имовина, имовинска права и интереси итд.) и евентуално неких других добара.

Као што се види из изложеног титулар нападнутог добра може бити како нападнути, тако и неко друго лице. Одбијање напада од другог лица назива се *нужна помоћ*.

Оно што је с тим у вези спорно јесте ко то све потпада под израз „други". Засигурно се може радити о добру неког другог човека, па и о добру правног лица. Међутим, спорно је да ли се напад може односити на државна и друштвена добра. У правној теорији о томе постоје различита схватања, а у упоредном кривичном законодавству могу се наћи примери где се друштвени и државни интереси наводе као добра против којих је могућ противправни напад. Тако је у чл. 37. ст. 1. КЗ Руске Федерације изричито наведено да се нужна одбрана може предузети ради „...заштите личности и права онога који се брани или других лица, *законом заштићених интереса друштва или државе*..."; или, КЗ Бугарске говори о нужној одбрани ради заштите „...*државних или друштвених интереса*, личности или права онога који се брани или другога...". Исправним држимо мишљење да општа добра (јавни ред и мир, безбедност државе и сл.) сама по себи не могу представљати објект заштите код нужне одбране, али да је овај институт примењљив ако је у питању неко индивидуално добро чији је титулар држава.[36] На пример, стављање динамита под железнички мост у циљу његовог уништења или оштећења представља напад против кога свако лице има право на нужну одбрану;[37] или сваки појединац је овлашћен да одбрани од противправног напада телефонску говорницу која је у власништву државе.[38]

в) Следеће обележје напада јесте да он мора бити *стваран*. Овај елемент се процењује „према објективном стању ствари у време извршења дела, а не како сматра онај ко се осећа угроженим или друге сматра угроженим".[39] Ако нападнути погрешно држи да постоји напад, тј. уколико се у погледу напада налази у заблуди, радње његове одбране, које су

[36] Видети мишљења наведена у: Risimović, R., „Nužna odbrana u krivičnom zakonodavstvu Španije", *Strani pravni život*, br. 3/2008, стр. 230-231. Слично: Eser, A., Burkhardt, B., *Strafrecht I*, op. cit., стр. 118.

[37] Srzentić, N., Stajić, A., *Krivično pravo – Opšti i posebni deo*, Šesto izdanje, Zavod za izdavanje udžbenika, Sarajevo, 1970, стр. 91.

[38] Risimović, R., „Nužna odbrana u krivičnom zakonodavstvu Španije", op. cit., стр. 230.

[39] Wessels, J., Beulke W. *Strafrecht,* op. cit., стр. 106.

управљене ка „умишљеном нападачу“ (*vermeintlichen Angreifer*), су противправне, с тим да се питање постојања кривичног дела (тачније кривице) цени према правилима о стварној заблуди.[40] Тако, уколико је нападач био у неотклоњивој заблуди неће постојати кривица нападнутог, а уколико је био у заблуди услед нехата, тј. када је могао оценити да напад није стваран, одговараће за нехатно извршење кривичног дела под условом да закон предвиђа кажњивост и за нехат.[41] Ова ситуација се у теорији назива *уображеном* или *путативном нужном одбраном*.

3. Појам и услови одбране

Под одбраном треба разумети „делатност нападнутог лица или неког другог која је усмерена на одбијање напада и заштиту, на тај начин, угроженог добра“.[42] Оно што произлази из саме природе института нужне одбране јесте то да радња одбране мора одговарати *законском опису некоī кривичноī дела*. Но, биће тог кривичног дела само привидно постоји, јер му недостаје један од нужно потребних конститутивних елемената општег појма кривичног дела – противправност. Сходно томе, неће се радити о нужној одбрани уколико радње одбране не одговарају законском опису неког дела. На пример, не јавља се нужном одбраном ситуација у којој је нападнути отео нож из руку нападача без повреде неког његовог правно заштићеног добра.

Да би одбрана била релевантна са становишта института нужне одбране потребно је да буду испуњени следећи услови:

а) Одбрана мора бити *управљена само против нападачевоī добра*. Код овог института не долазе у обзир добра трећих лица. Уколико би неко одбијао од себе противправни напад и тиме повредио добра трећег лица, а не нападачева добра, онда би се могло радити о крајњој нужди.[43] Има, међутим, мишљења да радње одбране код овог института покривају и случај када се туђа ствар користи као средство одбране.[44]

---

[40] Ibid.

[41] Srzentić, N., Stajić, A., *Krivično pravo*, op. cit., стр. 91–92.

[42] Лазаревић, Љ., *Коментар Кривичноī законика Републике Србије*, op. cit., стр. 52.

[43] Тим поводом, а коментаришући једну одлуку Жупанијског суда у Бјеловару, Новоселец истиче да „није искључено да нападнути поред добра нападача повриједи и добро неке особе која није нападач или правна добра већег броја таквих особа, па и опће правно добро, али онда се таква повреда процјењује према одредбама о крајњој нужди...“. Видети: Novoselec, P., „Sudska praksa“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, br. 2/2004, str. 1128.

[44] Bačić, F., *Kazneno pravo*, op. cit., str. 176.

б) Одбрана мора бити *актуелна*, тј. *истовремена са нападом*. Пре него што ближе појаснимо овај услов одбране дужни смо напоменути да га неки теоретичари третирају обележјем напада. Такав закључак може се извући из саме одредбе чл. 19. ст. 2. КЗ јер се у истој говори о одбијању „истовременог противправног напада". Међутим, односни услов ипак сматрамо обележјем одбране, јер одбрани треба да претходи напад. Наиме, да би се неко бранио мора претходно бити нападнут. Чак и ако се ради о одбрани од тзв. непосредно предстојећег напада треба узети да по некој логици ствари напад већ постоји, јер само тако напад и одбрана могу чинити једну компатибилну целину. Зато се процењује истовременост одбране са нападом, а не напада са одбраном.

У теорији и пракси елемент истовремености обично се екстензивно тумачи. Треба узети да је одбрана истовремена уколико се односи на напад који је почео, непосредно предстоји или траје.[45] Дилеме нема уколико је реч о одбијању напада који је започео или који траје. Тада су добра нападнутог односно другог лица директно угрожена. Проблематично може бити одређивање напада који непосредно предстоји. Непосредно предстојећи напад представља радњу нападача којом је створена блиска могућност за напад (на пример вађење револвера из футроле, подизање секире и сл.), што ће рећи да се на овај начин ствара конкретна опасност по добра која се у датом случају бране.[46]

Постојање непосредно предстојећег напада цени се на основу свих околности конкретног случаја.[47] Умесно појашњење односне проблематике можемо наћи у пресуди Врховног суда Србије Кж. 673/97 од 2. 2. 1998. године, у којој је између осталог речено: „...и када су се оштећенима придружили сада покојни и још четворица од којих је један био наоружан дрвеном палицом и када су пошли ка оптуженом у намери да се физички обрачунају, очито је да се радило о предстојећем физичком нападу од стране ових лица, а чињеница да тај физички напад није престао ни у тренутку када је оптужени испалио четири од укупно пет пројектила из свог пиштоља, указује на неоснованост жалбених навода јавног тужиоца о намери оштећених и осталих учесника критичног догађаја да сукоб са оптуженим разреше на вербалан начин".[48]

---

[45] Исто, Wessels, J., Beulke W. *Strafrecht,* op. cit., стр. 105; Bačić, F., *Kazneno pravo*, op. cit., стр. 174.

[46] Камбовски, В., *Казнено право*, op. cit., стр. 343–343.

[47] Ibid., стр. 343.

[48] Čejović, B., op. cit., стр. 114–115.

Услов истовремености биће задовољен и када је у питању такво „понашање оштећеног које недвосмислено указује на настављање даљег напада после моменталног краћег прекида“ (одлука Врховног суда Србије Кж. 1919/65 од 25. 11. 1965. године).[49]

в) Одбрана, како то произлази и из назива овог института, мора бити *нужна*, тј. *неопходно потребна*. Услов неопходности одређује границе нужној одбрани – овим се поставља захтев не само за нужношћу чина одбране, већ и за нужношћу начина и мере одбране.[50] Наиме, радње предузете у нужној одбрани морају представљати разуман одговор (*reasonable response*) на претећи напад.[51]

Услов неопходности представља најспорније обележје нужне одбране које ствара много потешкоћа у пракси, па се отуда у јудикатури и теорији настоје поставити оријентациони критеријуми за процену његове испуњености.[52] Тако, у једној одлуци неког немачког суда је наведено да неопходност (*Erforderlichkeit*) одбране зависи од *интензитета напада*, *опасности нападача* и од *средстава која стоје на располагању* ради одбране.[53] Сличне критеријуме можемо наћи и у кривичноправној литератури.[54]

Постављајући границе праву одбране услов неопходности ставља пред учиниоца захтев да што је више могуће штеди нападачева добра, без да угрози ефикасност своје одбране.[55] Међутим, треба имати у виду да околности догађаја утичу на просуђивање нападнутог. Како је то истакнуто у пресуди некадашњег Савезног врховног суда Југославије Кж. 19/57 од 13. 2. 1957. године „од нападнутог редовно није могуће тражити хладно и трезвено просуђивање ситуације и такво подешавање одбране да она управо у потпуности одговара интензитету напада, па зато од свестране и савесне оцене свих околности конкретног догађаја зависи одговор на питање да ли је нападнути прекорачио нужну одбрану или је пак поступао у оквиру њених граница“.[56]

---

[49] Ibid., стр. 113. Ово је прихваћено и у теорији. Вид.: Камбовски, В., *Казнено право*, op. cit., стр. 344; Стојановић, З., *Коментар*, op. cit., стр. 88.

[50] Bačić, F., *Kazneno pravo*, op. cit., str. 175.

[51] Leader-Elliott, I. (ed.), *The Commonwealth Criminal Code – A Guide for Practicioners*, Commonwealth Attorney-Generasl's Department, 2002, стр. 229.

[52] Стојановић, З., *Коментар Кривичног законика*, op. cit., стр. 89.

[53] Eser, A., Burkhardt, B., *Strafrecht I*, op. cit., стр. 121.

[54] Стојановић, З., *Коментар*, op. cit., стр. 89.

[55] Ibid.

[56] Čejović, B., op. cit., стр. 121.

У вези са овим условом поставља се питање пропорционалности (сразмерности) између нападачевог добра и добра нападнутог, односно да ли нападнути има право да повреди добро нападача које је вредније од његовог добра које је нападом било угрожено?[57] КЗ у основи не тражи сразмерност између вредности предметних добара. Ипак, неприхватљива је њихова очигледна несразмера.[58] Јер, дозволити нужну одбрану на незначајан напад, а која се манифестују у тешкој повреди нападачевог добра, није ништа друго до злоупотреба права.[59]

За процену услова неопходности неће бити од значаја чињеница да је напад могао бити избегнут бекством нападнутог. Не може се тражити да „право попусти пред неправом". То је противно концепцији нужне одбране нашта смо се осврнули у уводним редовима овог рада. Спорна је, међутим, могућност примене нужне одбране у случајевима када је напад могао бити избегнут тзв. прикладним удаљивањем (commodus discessus), тј. избегавањем које није понижавајућег карактера као што је то бекство (враћање уназад или скретање у другу улицу када се види нападач).[60] Ипак, у оваквим ситуацијама треба бити веома обазрив. Наиме, неприхватљиво је да једно лице избегава да, примера ради, пролази улицом у којој живи нека особа са којом није у добрим односима, а да би избегло евентуални напад од те особе. С друге стране, треба имати на уму да се напад услед изостанка „прикладног удаљења" може врло лако испровоцирати. Према томе, и у погледу ове проблематике треба водити рачуна о свим околностима конкретног случаја с циљем изналажења прихватљивих решења.

г) Поред наведених елемената објективног карактера за постојање нужне одбране потребно је да се оствари још једно, субјективно обележје. Наиме, код учиниоца, тј. нападнутог мора постојати тзв. *одбрамбена воља* (*Verteidigungswille*). Ипак, дужни смо нагласити да већина домаћих теоретичара не наводи ово обележје као елемент одбране. У ствари, ретки су они који то чине.[61]

---

[57] С тим у вези занимљива је одлука једног хрватског суда (Županijskog suda u Bjelovaru Кж. 195/04-3 од 01. 07. 2004. године) у којој је наведено: Да би обрана била пријеко потребна, мора по јачини или интензитету одговарати нападу, док се не тражи размјерност нападнутог и повријеђеног добра. Нападнути смије повриједити и добро вишег ранга, ако је то једини начин да обрани добро нижег ранга". Извор: Novoselec, „Sudska praksa", op. cit., str. 1128.

[58] Стојановић, З., *Коментар*, op. cit., стр. 90.

[59] Камбовски, В., op. cit., стр. 347.

[60] Стојановић, З., *Коментар*, op. cit., стр. 91.

[61] Стојановић, З., *Коментар Кривичног законика*, op. cit., стр. 92–93. Разматрајући кривично дело учествовања у тучи, те могућност примене нужне одбране код тог дела,

Одбрамбена воља подразумева постојање учиниочеве представе о стању нужне одбране,[62] односно, боље речено, нападнути мора имати знање о противправном нападу и мора деловати против њега.[63] Према томе, нужна одбрана представља циљно усмерену одбрану од напада мотивисану одбрамбеном вољом.[64] Присуство „додатних" мотива (љутња, мржња) не искључује одбрамбену вољу све док они представљају пратеће мотиве, односно док одбрамбену вољу у потпуности не потисну у позадину.[65]

С тим у вези, указаћемо на извесне ситуације које су релативно честе у пракси, а за које би се, по нашем мишљењу, могли изнаћи прави одговори тек уколико прихватимо одбрамбену вољу као потребни елемент нужне одбране. Наиме, из неких примера из праксе смо утврдили да суд није прихватао позивање окривљеног на нужну одбрану ако се исти налазио у обрачуну са другоокривљеним,[66] односно ако је прихватио позив оштећеног да се међусобно физички обрачунају.[67] Неприхватање нужне одбране у оваквим ситуацијама судови образлажу тиме да су оба окривљена, односно окривљени и оштећени, истовремено били како у улози нападача, тако и у улози нападнутог, услед чега нема нужне одбране. Међутим, чини нам се да су ово par exelance примери где не постоји нужна одбрана услед непостојања одбрамбене воље. У првом случају учинилац је у обрачуну, док је у другом прихватио позив за обрачун, тако ни у једном случају не постоји његова воља да се брани, да одговори на напад који је противправан. Обрачун искључује одбрамбену вољу, односно обе стране поступају противправно. У том контексту занимљиво је схватање изражено у решењу Врховног суда Републике Српске Кж. 114/03 од од 30. 03. 2004. године, у којем је наведено: „С друге стране, поставља се питање како се могу окарактерисати поступци оштећеног када је видјевши оптуженог да прогони стадо преко дијела његове парцеле, трчао према оптуженом, држећи у руци камен величине шаке. Када у таквим околно-

---

Дракић констатују да је за постојање предметног института потребна воља нападнутог да се брани од напада. Вид.: Дракић, Д., „Кривично дело учествовања у тучи", *Зборник радова правног факултета у Новом Саду*, бр. 1-2/2007, стр. 258 ;

[62] Wessels, J., Beulke, W. *Strafrecht,* op. cit., стр. 112.

[63] Eser, A., Burkhardt, B., *Strafrecht I*, op. cit., стр. 131.

[64] Ibid.

[65] Wessels, J., Beulke, W. *Strafrecht,* op. cit., стр. 112.

[66] Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1349/93 од 19. 03. 1993., у вези са пресудом Окружног суда у Београду К. 103/92 од 05. 06. 1992. год. Извор Čejović, B., *Krivično pravo u sudskoj praksi*, op. cit., стр. 105.

[67] Одлука Врховног суда Србије Кж. I 1227/93 од 07.12.1993. године. Извор: ibidem.

стима оптужени у правцу оштећеног испаљује два метка из пиштоља при чему пројектил једног испуцаног метка погађа оштећеног у предјелу крајњег дијела лијеве половине горњег сегмента трбуха са посљедицом наношења тешке и по живот опасне тјелесне повреде, онда је питање од одлучног значаја, за оцјену постојања нужне одбране (или пак, прекорачења нужне одбране) у конкретном случају, оцјена противправности њихових радњи. При томе треба имати у виду и могућност *да су се обојица могли наћи у узајамном противправном нападу, уколико су свјесно кренули у међусобни физички обрачун, чиме би могућност позивања на нужну одбрану била искључена*" (наш курзив).[68] Чини нам се да се у овој одлуци суд implicite бавио питањем одбрамбене воље, примећујући да „свесно кретање" у обрачун указује да је по среди противправни напад. Из тога би се могао извући закључак да када неко свесно хоће обрачун онда он тиме потире одбрамбену вољу, па сходно томе његове радње не представљају ништа друго до противправне активности.

4. Закључна разматрања са предлогом de lege ferenda

Ослањајући се на становишта која су нашироко прихваћена у домаћој и страној кривичноправној књижевности, као и у пракси наших судова, сматрамо да би законска одредба о нужној одредби могла бити коригована, односно прецизирана у погледу две значајне околности. Прво, сматрамо да би у одредби чл. 19. ст. 1 КЗ изричито требало навести да „није противправно оно дело које је учињено у нужној одбрани". Друго, одредбу ст. 2 истог члана би требало прецизирати на тај начин што би се explicte навело да се нужном одбраном одбија „непосредно предстојећи или истовремени противправни напад".

Евентуалне интервенције у наведеним правцима не би представљале само дотеривање постојећег законског текста, тј. не би се радило, како се то данас често каже, о козметичким променама. Прихватањем прве сугестије уподобила би се одредба чл. 19. ст. 1. КЗ са одредбом чл. 14. ст. 2. КЗ у којој је изричито наведено да „нема кривичног дела уколико је искључена противправност или кривица, иако постоје сва обележја кривичног дела одређена законом". Јер, као што смо то истакли у уводним излагањима, у домаћој теорији је готово општеприхваћено становиште да је у случају нужне одбране искључена противправност. Прихватањем наше сугестије посве би се учиниле компатибилним наведене одредбе КЗ, те би се на јасан начин исказало правно дејство нужне одбране. Ина-

[68] *Билтен судске праксе Врховног суда Републике Српске*, бр. 1/2004, стр. 8.

че, у упоредном кривичном законодавству могу се наћи примери где је изричито наведено да у случају нужне одбране учинилац не поступа противправно. Такав случај је са КЗ Аустрије (§ 3) и КЗ Немачке (§ 31).

Навођењем околности да се нужном одбраном одбија „непосредно предстојећи или истовремени противправни напад“ само се прецизира један од битних услова одбране, чиме се отклања могућност његовог рестриктивног тумачења. Не треба подсећати да су се и раније поједини појмови код нужне одбране (на пример одбијање напада „од себе или другог“) уско тумачили, што је имало за последицу сужавање поља примене овог врло значајног кривичноправног института. Да би се избегла свака бојазан која би водила редуковању нужне одбране у пракси није на одмет извршити корекцију постојеће одредбе чл. 19. ст. 2. КЗ у предлаганом смислу. Таква решења су позната и у кривичним законицима Аустрије (§ 3), Црне Горе (чл. 10), Босне и Херцеговине (чл. 24), Републике Српске (чл. 11).

Features of Necessary Defence in Criminal Code of Serbia: Theoretical and Practical Aspects

Summary

This paper presents an analysis of the provisions of Art. 19. Par. 1. and 2. of the Criminal Code of the Republic of Serbia which regard to the necessary defense. It is one of legal grounds which exclude the existence of crime. Relying on the doctrinal opinions and the judicature, the author has considered the major features of a necessary defense, eventually giving certain proposals de lege ferenda with purpose to reach precise regulation of this criminal law institute.
Key words: necessary defense, unlawfulness, attack, defense.

UDK: 343.261(497.11)

Ана Батрићевић
Истраживач-приправник
Институт за криминолошка и социолошка истраживања

ЗАШТИТНИК ГРАЂАНА И ПОШТОВАЊЕ ПРАВА ЗАТВОРЕНИКА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Апстракт

Поштовање људских права затвореника и њихово ограничавање само у мери која одговара суштини казне затвора представља један од основних принципа савремених пенитенцијарних система. Овај принцип укључује и ефикасан механизам унутрашње и спољне контроле Управе за извршење кривичних (раније: заводских) санкција. Године 2007. постојећи систем контроле унапређен је успостављањем институције Заштитника грађана – независног органа овлашћеног да надзире и контролише рад органа управе и штити људска права. Аутор настоји да анализира положај, улогу и овлашћења омбудсмана када је у питању заштита права затвореника у Републици Србији као и да укратко представи кључне изазове са којима се омбудсман суочавао поступајући у овој области.
Кључне речи: казна затвора, затвореници, људска права, Заштитник грађана, Управа за извршење кривичних санкција

Увод

Различити модалитети одузимања и ограничења слободе преступника у циљу заштите друштва од криминалитета познати су од најранијих заједница. Међутим, казна лишења слободе, у смислу лишавања слободе

кретања учиниоца кривичног дела за одређено време, први пут је предвиђена као самостална кривична санкција француским Кривичним закоником од 1791. године. Након што је талас напредних и хуманих идеја Француске буржоаске револуције захватио и остале европске земље, казна лишења слободе је нашла своје место и у другим кривичним кодификацијама XVIII и XIX века. [1]

Током вишевековне примене, ова кривична санкција попримала је разноврсне облике и називана различитим именима (робија, заточење, строги затвор, „обичан затвор“), а њена садржина, смисао и последице по лица којима је изрицана мењали су се са еволуцијом пенитенцијарних система и побољшањем услова живота у њима. Коренита реформа првобитних заједничких или асоциационих затворских система иницирана је крајем XVIII и почетком XIX века, под утицајем идеја Хауарда, Бентама, Мирабоа и Франклина.[2] Од тада су многи субјекти (државе, међународне организације, удружења грађана, појединци) улагали велике напоре како би се, најпре декларативно а затим и у пракси, положај лица која се налазе на издржавању казне затвора учинио хуманијим. Као неспорно прихваћено је становиште да извршење казне које повећава патњу изазвану самим лишењем слободе неће значајније допринети ефикасности кажњавања у смислу остваривања специјалне и генералне превенције као и да хуманизација положаја осуђених лица никако није у супротности са стратегијом сузбијања криминалитета.[3] У светлу тих схватања, до сада је усвојено више међународних и националних правних инструмената посвећених елементарним људским правима лица лишених слободе.

Као најзначајнији од њих издвајају се: Повеља Уједињених нација о скупу минималних правила о поступању са затвореницима из 1955. године[4], Конвенција против тортуре и других сурових, нељудских или по-

---

[1] Јовашевић, Д.: *Лексикон кривичног права*, Службени лист СРЈ, Београд, 1998. године, стр. 175.

[2] Према: Константиновић Вилић, С., Костић, М.: Пенологија, Свен, Ниш, 2006. године, стр. 128.

[3] Соковић, С.: Заштита и ограничавање права осуђених лица, Правни живот – часопис за правну теорију и праксу, број 9/2002, вол. LI, књига 469, Удружење правника Србије, Београд, 2002. године, стр. 530.

[4] Повеља је усвојена на првом конгресу Уједињених нација за превенцију криминалитета и поступак са преступницима у Женеви 1955. године и потврђена од Економског и социјалног савета резолуцијама бр. 663 Ц (XXIV) од 31. јула 1957. године и бр. 2076 (LXII) од 13. маја 1977. године, превод видети у: Николић, З.: Пенолошка андрагогија са методиком преваспитања, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2005. године, стр. 375–395.

нижавајућих казни или поступака из 1984. године[5], Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године[6], Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године[7], Европска конвенција о спречавању мучења и нехуманих или понижавајућих казни или поступака из 1987. године[8], Европска затворска правила из 1987. године[9] и Општи извештаји Европског комитета за спречавање мучења и нечовечних или понижавајућих казни или поступака[10]. Када је у питању национално законодавство, у нашој земљи су права лица лишених слободе загарантована одредбама Устава Републике Србије[11], Закона о извршењу кривичних санкција[12], Правилника о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора[13] и Закона о Заштитнику грађана[14].

Упркос свим наведеним међународним и националним јемствима људских права лица лишених слободе, извештаји појединих медија, невладиних организација али и самих државних органа неретко показују да је њихов ниво у многим земљама још увек испод прокламованих стандарда. Поврх тога, узнемиреност јавности често изазивају и сензационалистички пласиране вести о грубом кршењу права лица лишених слободе, као и о последицама таквог поступања у виду затворских побуна,

---

[5] Закон о ратификацији Конвенције против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни и поступака, „Службени лист СФРЈ“ – Међународни уговори, бр. 9/1991 и „Службени лист СЦГ“ – Међународни уговори, бр. 16/2005 и 2/2006

[6] Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, „Службени лист СФРЈ“, бр. 7/1971

[7] Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом број 11, „Службени лист СЦГ“ – Међународни уговори, бр. 9/2003

[8] Закон о ратификацији Европске конвенције о спречавању мучења и нехуманих или понижавајућих казни или поступака измењене и допуњене Протоколом 1 и Протоколом 2 уз Конвенцију, „Службени лист СЦГ“ – Међународни уговори, бр. 9/2003

[9] Препорука бр. Р (87) 3, усвојена од Комитета министара Европског савета 12. фебруара 1987. године, превод видети у : Николић, З.: *Op. cit* , стр. 351–374.

[10] Видети: Други општи извештај CPT/Inf (92) 3/, Седми општи извештај /CPT/Inf (97) 10/, Девети општи извештај /CPT/Inf (99) 12/ и Дванаести Општи извештај CPT/Inf (2002) 15

[11] Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, број 98/2006

[12] Закон о извршењу кривичних санкција, „Службени гласник РС“, број 85/2005 и 72/2009

[13] Правилник о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора број 110-00-6/2010-03 од 27. 9. 2010. године, „Службени гласник РС“, бр. 72/2010.

[14] Закон о Заштитнику грађана, „Службени гласник РС“, број 79/2005 и 54/2007

штрајкова глађу[15] и самоубистава осуђених или притворених лица[16]. У основи повреда и, уопште, занемаривања права лица лишених слободе лежи један крајње ретроградан став друштва у односу на ову популацију. И сам термин „лишење слободе“, иако општеприхваћен и заступљен у највишим правним актима, не одговара у потпуности ситуацији у којој се ова лица налазе. Наиме, појам слободе није монолитан већ саздан од низа појединачних саставних делова, тако да лишење слободе, у контексту изрицања казне затвора треба схватити само као ограничење појединих слобода и права (у мањој или већој мери) а не као потпуно одузимање целокупног њиховог корпуса.[17]

Казна затвора подразумева низ ограничења људских права и слобода и неизоставно је пропраћена серијом депривација, од којих су према Сајксу основне: депривација слободе, материјалних добара и услуга, хетеросексуалних односа, аутономије и сигурности[18]. Ипак, ограничавање основних права требало би да се спроводи само у мери која је неопходна за извршење те санкције и у законом прописаном поступку.[19] Специфичан положај затвореника у смислу изолације од „спољног света“ и боравка у установи тоталног карактера као и одређена друштвена стигма која их, упркос савременим схватањима, и даље прати, чини их потенцијалним жртвама злоупотребе, самовоље и арбитрерног поступања представника органа формалне социјалне контроле. У том контексту, највећу

[15] Као пример може се навести штрајк глађу 100 осуђених лица смештених у „Ц“ павиљону Казнено-поправног завода у Нишу, која су на тај начин крајем септембра 2009. године изразила своје незадовољство општим условима живота у Заводу, а првенствено смештајем, хигијеном, здравственом заштитом и исхраном. Више о томе: Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2009. годину, „Службени гласник РС“, број 23/2010, стр. 33. Видети и: Саопштење за јавност, „Ванредна контрола заменика Заштитника грађана Казнено-поправном заводу у Нишу“, од 06. октобра 2009. године, објављено на званичној интернет презентацији Заштитника грађана и доступно на следећем линку: http://www.ombudsman.rs/index.php/langsr/aktivnosti/saopstenja/617-2009-10-06-08-27-36

[16] На пример, 2007. године се догодило 9 самоубистава лица лишених слободе, 2008. године 15 а 2009. године 13. Видети: Годишњи извештај о раду Управе за извршење заводских санкција за 2007. годину, Министарство правде Републике Србије, Београд, 2008. године, стр. 89, Годишњи извештај о раду Управе за извршење заводских санкција за 2008. годину, Министарство правде Републике Србије, Београд, 2009. године, стр. 105 и Годишњи извештај о раду Управе за извршење кривичних санкција за 2009. годину, Министарство правде Републике Србије, Београд, 2010. године

[17] Редован годишњи извештај заштитника грађана за 2007. годину, „Службени гласник РС“, број 38/2008, стр. 15.

[18] Константиновић Вилић, С., Костић, М.: *Op. cit.*, стр. 221.

[19] У том смислу: Чл. 8. ст. 2., Закон о извршењу кривичних санкција, „Службени гласник РС“, број 85/2005 и 72/2009

опасност представља законско овлашћење ових органа да у одређеним ситуацијама поступају према својој дискреционој оцени, која се, у зависности од општих друштвених услова, може свести било на целисходно расуђивање било на арбитрерно опредељивање.[20]

Анализа важећих прописа потврђује да у нашој земљи постоји адекватан нормативни оквир који обезбеђује неколико канала и инструмената за контролу и надзор органа надлежних за извршење казне затвора, за исправљање евентуалних пропуста уочених у њиховом раду и за обезбеђивање остваривања људских права затвореника. Пре свега, осуђеном лицу признато је право на подношење поднеска начелнику или другом овлашћеном лицу из одговарајуће службе Завода[21], право притужбе управнику Завода[22], право жалбе директору Управе за извршење кривичних санкција[23], као и право на поверљив разговор са управником Завода[24]. Поред механизама контроле који се покрећу на иницијативу осуђеног лица, прописано је и редовно вршење надзора и контроле рада Завода од стране организационе јединице у саставу Управе за извршење кривичних санкција[25]. Упркос наведеним законским одредбама, с правом се може поставити питање да ли је овакав интерни механизам контроле довољан, односно, „да ли организатор нечега може и треба да контролише сам себе?“[26] Уз то, треба узети у обзир и чињеницу да се интерна контрола Управе често описује као спорадична и неефикасна.[27]

Као „корекција“ унутрашње контроле, новим Законом о извршењу кривичних санкција (на снази од 1. јануара 2006. године) прописано је да осуђено лице под одговарајућим условима може остваривати и судску заштиту својих права у управном спору[28]. Међутим, и судској интервен-

---

[20] Према: Соковић, С.: *Op. cit.*, стр. 536.

[21] 114. ст. 1. и 2, Закон о извршењу кривичних санкција, „Службени гласник РС“, број 85/2005 и 72/2009

[22] Чл. 114. ст. 3.

[23] Чл. 114. ст. 5.

[24] Чл. 64. Правилник о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора број 110-00-6/2010-03 од 27. 09. 2010. године, „Службени гласник РС“, бр. 72/2010С

[25] Чл. 270. ст. 2.

[26] Николић, З.: Савремена пенологија – студија казни и кажњавања, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2009. године, стр. 287.

[27] Посебни извештај „Стање људских права по областима предвиђеним Законом о Заштитнику грађана“ од 9. децембра 2008. године, објављен на званичној интернет презентацији Заштитника грађана и доступан на следећем линку: http://www.ombudsman.rs/index.php/lang-sr/izvestaji/posebnii-izvestaji/566-2009-08-10-12-39-21

[28] Чл. 165. и 166. Закон о извршењу кривичних санкција, „Службени гласник РС“, број 85/2005 и 72/2009.

ципи у области извршења кривичних санкција својствени су одређени недостаци – преоптерећеност судова, питање организације процедуре (управна или кривична) и, коначно, суштинско питање односа судске и извршне власти.[29] Постојећем систему контроле треба додати и надзор од стране Народне скупштине, односно њене посебне петочлане комисије формиране на предлог одбора за правосуђе и управу[30].

Из наведеног следи да је додавање још једне карике у ланцу контроле рада Завода за извршење кривичних санкција било не само оправдано већ и неопходно. Тај независни и екстерни механизам контроле оличен је у институцији Заштитника грађана или омбудсмана[31]. Захваљујући свом специфичном положају у односу на извршну и законодавну власт, овај орган, који је у нашем правном систему присутан релативно кратко, представља потенцијално веома моћан али, чини се, још увек недовољно афирмисан механизам контроле поштовања људских права свих грађана, а посебно оних који су лишени слободе.

Појам и овлашћења Заштитника грађана

Настанак институције Заштитника грађана везује се за је 1809. односно 1810. годину, када је у Шведској успостављена служба Парламентарног омбудсмана, чији корени датирају из 1713. године[32]. У осталим скандинавским земљама, омбудсман је установљен нешто касније: 1919. године у Финској, 1955. године у Данској и 1962. године у Норвешкој, да би данас основни модел омбудсмана, као органа изабраног од стране парламента који контролише делатност јавне управе, био прихваћен у различитим варијантама, у преко 130 земаља света.[33] Овај орган припада облицима спољне, несудске, парламентарне контроле управе, а његова основна улога састоји се у обављању контроле над применом закона и

[29] Соковић, С.: *Op. cit., стр.* 538.

[30] Чл. 278. ст. 1. Закон о извршењу кривичних санкција, „Службени гласник РС“, број 85/2005 и 72/2009

[31] Видети: Закон о Заштитнику грађана, „Службени гласник РС“, број 79/2005 и 54/2007

[32] Више о томе: Petersson, O.: The Swedish 1809 Constitution, The Swedish Centre for Business and Policy Studies, SNS, Stockholm, 2009. године, стр. 8. доступно на http://www.olofpetersson.se/arkiv/skrifter/rf1809.pdf и Wieslander, B.: The Parliamentary Ombudsman in Sweden, The Bank of SwedenTercentenary Foundation, Gidlunds Förlag, Stockholm 1994. године, стр. 13.

[33] Давинић, М.: Значај институције омбудсмана за правни систем, *Правни живот*, бр. 10/2007, Удружење правника Србије, Београд, 2007. године, стр. 717.

других прописа од стране државних органа, пре свега органа управе и јавних служби, као и у заштити индивидуалних права грађана. У том смислу, омбудсман представља институцију која превасходно штити грађане од незаконитог и неправилног рада управе[34], укључујући и Управу за извршење кривичних (раније: заводских) санкција, која представља орган управе у саставу Министарства правде Републике Србије[35].

Особеност институције омбудсмана састоји се у томе што он не наступа у својству органа власти и са позиције принуде, већ као ауторитативни и независни орган парламента, а „у ширем смислу друштва, јавности и демократије". То јасно произлази из његових овлашћења, која су претежно откривајућа, упозоравајућа, васпитна, а само изузетно наредбодавна и репресивна.[36] Због тога се може рећи да овај орган своју снагу и ауторитет не црпи толико из законских овлашћења која су му поверена, колико из личног ауторитета свог носиоца.[37]

Нормативни услови за увођење институције омбудсмана у правни систем Републике Србије испуњени су 2005. године, када је усвојен Закон о Заштитнику грађана[38], а његовим овлашћењима и дужностима сумарно се бави и један члан Устава Републике Србије[39]. Ипак, првог Омбудсмана на републичком нивоу Народна скупштина изабрала је тек 29. јуна 2007. године[40]. Закон о Заштитнику грађана и Устав Републике Србије дефинишу омбудсмана као независни државни орган који штити права грађана и контролише рад органа државне управе, органа надлежног за правну заштиту имовинских права и интереса Републике Србије, као и других органа и организација, предузећа и установа којима су поверена јавна овлашћења.[41] Заштитник грађана се стара о заштити и унапређењу људских и мањинских слобода и права.[42] У обављању својих послова, он је независан и самосталан и нико нема права да утиче на ње-

---

[34] Према: Марковић, Р.: Уставно право и политичке институције, Јустинијан, Београд, 2005. године, стр. 662.

[35] Чл. 12. ст. 2. Закон о извршењу кривичних санкција, „Службени гласник РС", број 85/2005 и 72/2009

[36] Марковић, Р.: *Op. cit.*, стр. 663.

[37] *Ibid.*

[38] Закон о Заштитнику грађана, „Службени гласник РС", број 79/2005 и 54/2007

[39] Чл. 138. Устав Републике Србије, „Службени гласник РС", број 98/2006

[40] Редован годишњи извештај заштитника грађана за 2007. годину, „Службени гласник РС", број 38/2008

[41] Чл. 1. ст. 1., Закон о Заштитнику грађана, „Службени гласник РС", број 79/2005 и 54/2007, чл. 138. ст. 1., Устав Републике Србије, „Службени гласник РС", број 98/2006

[42] Чл. 1. ст. 2.

гов рад и поступање.[43] Он поступа у оквиру Устава, закона и других прописа и општих аката, као и ратификованих међународних уговора и општеприхваћених правила међународног права, а за свој рад одговара Народној скупштини.[44]

Према важећем законском решењу, осим овлашћења да контролише законитост и правилност рада управе[45] Заштитнику грађана припада и право предлагања закона из своје надлежности[46], као и право да под одређеним условима Влади, односно Скупштини поднесе иницијативу за измену, допуну или усвајање нових закона и других прописа[47]. Поред тога, он може у поступку припреме закона и других прописа давати своје мишљење Скупштини и Влади[48], а овлашћен је и да покрене поступак пред Уставним судом за оцену уставности и законитости закона других прописа и општих аката.[49] Ауторитету Заштитника грађана доприноси и опција да јавно препоручи разрешење функционера, односно иницира покретање дисциплинског поступка против запослених у односу на које постоје законом предвиђени услови за то, али и да поднесе захтев, односно пријаву за покретање кривичног или прекршајног или другог одговарајућег поступка према тим лицима.[50] Он може покретати поступке за отклањање незаконитости и неправилности у раду органа управе и то како по притужби грађана тако и по сопственој иницијативи, а може и пружањем добрих услуга, посредовањем и давањем савета и мишљења деловати превентивно у циљу унапређења рада органа управе и заштите људских слобода и права.[51] Ако се томе дода и подношење редовног годишњег извештаја Народној скупштини у коме се Заштитник грађана јавно осврће на сопствени рад у претходној години као и на уочене недостатке у раду органа управе,[52] стиче се утисак да упркос недостатку формалне правне снаге, упутства и саопштења омбудсмана имај велики фактички утицај.

---

[43] Чл. 2. ст. 1.

[44] Чл. 2. ст. 2. и 3.

[45] Чл. 17. ст. 2. Закон о Заштитнику грађана, „Службени гласник РС“, број 79/2005 и 54/2007.

[46] Чл. 18. ст. 1.

[47] Чл. 18. ст. 2.

[48] Чл. 18. ст. 4.

[49] Чл. 19.

[50] Чл. 20. ст. 1. и ст. 2.

[51] Чл. 24. ст. 1. и ст. 2.

[52] Чл. 33.

Поступање Заштитника грађана у области заштите права затвореника

Поступање по притужби грађана

Притужбу Заштитнику грађана може поднети свако физичко или правно домаће или страно лице које сматра да су му актом, радњом или нечињењем органа управе повређена права.[53] Закон о Заштитнику грађана недвосмислено наводи да је подносилац дужан да пре подношења притужбе покуша да заштити своја права у одговарајућем правном поступку.[54] У складу са тим, предвиђено је да Заштитник грађана неће покретати поступак док не буду исцрпљена сва друга правна средства, већ да ће подносиоца притужбе у таквом случају упутити на покретање одговарајућег правног поступка, уколико је он предвиђен.[55] То значи да је интервенција омбудсмана по правилу супсидијарног карактера, односно да долази у обзир тек као *ultima ratio*, када су исцрпљена сва друга правна средства. Због тога омбудсмана и не треба схватити као замену за неку од постојећих институција за контролу рада државних органа и носилаца јавних служби и за заштиту права грађана, него као складну допуну постојећем институционалном и правном механизму заштите грађанских права.[56]

Изузетно, Заштитник грађана може покренути поступак и пре него што су исцрпљена сва правна средства, ако би подносиоцу притужбе била нанета ненадокнадива штета или ако се притужба односи на повреду принципа добре управе, посебно некоректан однос органа управе према подносиоцу притужбе, неблаговремен рад или друга кршења правила етичког понашања запослених у органима управе.[57]

Притужба се подноси у писаној форми или усмено на записник и на подношење притужбе се не плаћа никаква такса или друга накнада.[58] Рок за подношење износи највише годину дана од извршене повреде права грађана, односно од последњег поступања односно непоступања органа управе у вези са учињеном повредом.[59] Притужба треба да садржи

---

[53] Чл. 25. ст. 1.

[54] Чл. 25. ст. 3.

[55] Чл. 25. ст. 4.

[56] Марковић, Р.: *Op. cit.,* стр. 663.

[57] Чл. 25. ст. 5., Закон о Заштитнику грађана, „Службени гласник РС“, број 79/2005 и 54/2007.

[58] Чл. 26. ст. 1.

[59] Чл. 26. ст. 2.

назив органа на чији се рад односи, опис повреде права, чињенице и доказе који поткрепљују наводе који су у њој садржани, податке о томе која су правна средства искоришћена као и податке о подносиоцу.[60] Заштитник грађана по правилу неће поступати по анонимним притужбама, с тим што може, уколико сматра да у таквој притужби има основа за његово поступање, покренути поступак по сопственој иницијативи.[61]

За лица лишена слободе посебан значај има одредба према којој она имају право да притужбу поднесу у запечаћеној коверти.[62] Такође, треба истаћи да је њихов приступ институцији Заштитника грађана на неки начин олакшан кроз прописивање обавезе да у свим установама у којима се налазе лица лишена слободе на видан и јаван начин за то буду обезбеђене одговарајуће коверте. О њеном поштовању старају се управе ових установа као и Министарство надлежно за послове правде.[63] Практично неограничена могућност лица лишених слободе да упућују притужбе Заштитнику грађана навели су поједине ауторе да отворе питање евентуалне злоупотребе или, боље речено, претеране и непримерене употребе овог права, односно његовог коришћења противно сврси због које је установљено.[64] Један од начина прилагођавања осуђених лица на затворске тегобе, познат као „иновација“, укључује управо неумерено писање најразличитијих притужби и жалби државним органима, представницима медија и невладиних организација.[65] Слање таквих представки је, иначе, сасвим легално и легитимно, али лако може прерасти механизам одбране личности, односно постати само себи циљ. Ипак, чини се да страх од превеликог броја представки не може бити довољно јак аргумент за било какво ограничавање или условљавање права затвореника да се обраћају Заштитнику грађана, а задатак је тог органа да процени да ли је надлежан да поводом њих поступа и које од њих ће уважити.

Законом је успостављена обавеза Заштитника грађана да поступи по свакој притужби коју прими осим у следећим ситуацијама: 1) ако пред-

[60] Чл. 27. ст. 1.

[61] Чл. 25. ст. 6. и 7.

[62] Чл. 27. ст. 3.

[63] Чл. 27. ст. 4, Закон о Заштитнику грађана, „Службени гласник РС“, број 79/2005 и 54/2007; видети и чл. 71, Правилник о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора број 110-00-6/2010-03 од 27. 09. 2010. године, „Службени гласник РС“, бр. 72/2010.

[64] У том смислу: Николић, З.: *op. cit.,* стр. 303.

[65] Више о томе: Константиновић Вилић, С., Костић, М.: *Op. cit.*, стр. 224. и Николић, З.: Пенолошка андрагогија са методиком преваспитања, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2005. године стр. 145–147.

мет на који се притужба односи не спада у његову надлежност, 2) ако је притужба поднета након истека рока за подношење, 3) ако је притужба поднета пре употребе свих расположивих средстава (а нису испуњени услови из чл. 25. ст. 5. који се односе на могућност „директног“ обраћања Заштитнику), 4) ако је притужба анонимна и 5) ако не садржи потребне податке за поступање, а подносилац недостатак не отклони ни у накнадном року одређеном за допуну притужбе, нити се обрати одговарајућој служби за стручну помоћ у отклањању недостатка[66]. Ако због неког од наведених разлога нема услова за поступање Заштитника грађана он ће одбацити притужбу и о томе, као и о разлозима одбацивања притужбе, обавестити подносиоца.[67]

Када утврди да нема основа за одбацивање притужбе, Заштитник грађана ће покренути одговарајући поступак. О покретању и завршетку поступка, он ће обавестити подносиоца притужбе као и орган управе против којег је притужба поднета.[68] Закон о Заштитнику грађана изричито предвиђа обавезу органа управе да одговори на све захтеве Заштитника, као и да му достави све тражене информације и списе у року који он одреди, а који не може бити краћи од 15 ни дужи од 60 дана.[69] Ако орган против којег је поднета притужба сам отклони недостатке, Заштитник грађана ће о томе обавестити подносиоца притужбе и оставити му рок од 15 дана да се изјасни да ли је таквим поступком задовољан.[70] Уколико подносилац притужбе одговори да је задовољан начином на који је отклоњен недостатак, као и ако он у остављеном року уопште не одговори, Заштитник грађана ће обуставити поступак.[71]

Уколико нема основа за одбацивање притужбе, Заштитник грађана ће утврдити све релевантне чињенице и околности, и закључити или да је притужба неоснована (о чему ће обавестити подносиоца) или да у раду органа управе заиста постоје одређени недостаци.[72] У овом другом случају, он ће органу управе упутити препоруку о томе како би уочени недостатак требало отклонити.[73] Закон прописује да је орган управе дужан да у року од 60 дана од дана добијања препоруке обавести Заштитника

[66] Чл. 28. ст. 1.
[67] Чл. 28. ст. 2.
[68] Чл. 29. ст. 1.
[69] Чл. 29. ст. 2.
[70] Чл. 30. ст. 1.
[71] Чл. 30. ст. 2.
[72] Чл. 31. ст. 1.
[73] Чл. 31. ст. 2.

грађана о томе да ли је по њој поступио и отклонио недостатак, а уколико недостатак није отклонио, о разлозима због којих није поступио по препоруци.[74] Изузетно, рок који је органу управе остављен за поступање по препоруци може бити краћи (најмање 15 дана) ако постоји опасност да ће због неотклањања недостатка права подносиоца притужбе бити трајно и у значајном обиму оштећена.[75] Ако орган управе не поступи по препоруци, Заштитник грађана може о томе да обавести јавност, Скупштину и Владу, а може и да препоручи утврђивање одговорности функционера који руководи органом управе.[76]

Према званичним и редовним годишњим извештајима Заштитника грађана, овом органу је у периоду од августа 2007. године до краја 2009. године упућено око 170 притужби лица лишених слободе (укључујући лица која се налазе на издржавању казне затвора, тако и лица којима је одређена мера притвора, али и лица која су лишена слободе по другим основима). С обзиром на то да је институција омбудсмана у нашој земљи отпочела са радом тек у 2007. години, сасвим је разумљиво што је те године упућено само 9 притужби лица лишених слободе. Оне су се углавном односиле на неадекватну здравствену заштиту и одбијање молбе за премештај, док се само једна притужба односила на незаконито усамљење.[77] Број притужби грађана лишених слободе упућених током 2008. и 2009. године знатно је већи. Када су у питању притужбе лица која се налазе на издржавању казне затвора, њихов број је у 2008. години износио укупно 68[78], а у 2009. години 65 притужби[79]. И оне су за предмет имале углавном неадекватну здравствену заштиту и услове боравка у установи, премештај осуђеног лица у други завод, али и класификацију осуђеника, незаконито спровођење дисциплинских поступака, тортуру, остваривање права на комуникацију, обавештавање и правну помоћ као и право на рад и по основу рада.[80]

---

[74] Чл. 31. ст. 3.

[75] Чл. 31. ст. 4.

[76] Чл. 31. ст. 4.

[77] Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2007. годину, „Службени гласник РС“, број 38/2008, стр. 16.

[78] Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2008. годину, „Службени гласник РС“, број 23/2009, стр. 28.

[79] Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2009. годину, „Службени гласник РС“, број 23/2010, стр. 28.

[80] Видети: Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2008. годину, „Службени гласник РС“, број 23/2009, стр. 29. и Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2009. годину, „Службени гласник РС“, број 23/2010, стр. 28.

Поступање по сопственој иницијативи и непосредан надзор

Осим по притужби грађана, омбудсман може поступати и по сопственој иницијативи и то када на основу сопственог сазнања или сазнања добијених из других извора, укључујући изузетно и анонимне притужбе, оцени да је актом, радњом или нечињењем органа управе дошло до повреде људских слобода или права.[81] На поступак који Заштитник грађана покрене по сопственој иницијативи сходно се примењују одредбе којима је регулисано вођење поступка по притужби грађана.[82]

Редовни годишњи извештаји Заштитника грађана показују да је овај орган у свом досадашњем раду неколико пута у корист лица лишених слободе искористио законску могућност да поступа по сопственој иницијативи. Према Извештају за 2009. годину, он је на основу уочене потребе у 10 случајева покренуо поступак по сопственој иницијативи – 9 у односу на затворе и 1 у односу на полицијске станице. Током ових поступака утврђено је постојање опасности од вишеструке повреде права лица лишених слободе, а констатовани су и потенцијални пропусти у раду затворске управе и полиције.[83]

Реализујући своје право несметаног приступа заводима за извршење санкција и другим местима на којима се налазе лица лишена слободе, као и права да са тим лицима разговара насамо,[84] Заштитник грађана је од свог успостављања извршио већи број најављених, али и ненајављених посета затворима у Републици Србији. Том приликом му је омогућен несметан рад, приступ свим просторијама, ненадзирани разговор са свим лицима (укључујући и лица која се налазе на издржавању казне затвора), приступ, увид и копирање тражених докумената и фотографисање. Захваљујући тим посетама потврђено је постојање већине проблема и пропуста на које су указивала и лица лишена слободе у својим притужбама, а закључено је да је највећи број недостатака последица објективних услова, пре свега мањка кадровских капацитета и материјалних средстава.[85]

---

[81] Чл. 24. ст. 1. и чл. 32. ст. 1, Закон о Заштитнику грађана, „Службени гласник РС“, број 79/2005 и 54/2007

[82] Чл. 32. ст. 2.

[83] Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2009. годину, „Службени гласник РС“, број 23/2010, стр. 28.

[84] Чл. 22, Закон о Заштитнику грађана, „Службени гласник РС“, број 79/2005 и 54/2007

[85] Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2009. годину, „Службени гласник РС“, број 23/2010, стр. 31.

Извештаји Заштитника грађана Народној скупштини Републике Србије

Као што је већ истакнуто, омбудсман нема велика правна овлашћења према управи, нити може мериторно одлучивати, а главни инструменти његовог деловања представљају препоруке које упућује одговарајућим органима.[86] Међутим, у рукама Заштитника грађана се налази још једно веома моћно оружје које ће његовим препорукама неретко обезбедити тежину и утицај који су знатно изнад онога који поседују, на пример, одлуке судова или неких других државних органа. Наиме, Заштитник грађана подноси Народној скупштини редован годишњи извештај са подацима о својим активностима у претходној години, о уоченим недостацима у раду органа управе и предлозима за побољшање положаја грађана у односу на органе управе.[87] Реч је о извештају који се (како код нас тако и у другим земљама које познају институт омбудсмана) сматра најјачим средством деловања тог органа. Такав извештај по правилу има широк одјек у јавности и у њему „не би волео да се нађе ни један орган управе нити вршилац јавне службе“.[88] Према Закону о Заштитнику грађана, Извештај о раду се подноси најкасније до 15. марта наредне године и објављује се у „Службеном гласнику Републике Србије“ и на интернет страници Заштитника грађана, а доставља се и средствима јавног информисања.[89] Поред овог, општег извештаја, Заштитник грађана у току године може да подноси и посебне извештаје, ако за тим постоји потреба.[90]

Од увођења Заштитника грађана у правни систем Републике Србије, састављена су и објављена укупно 3 редовна годишња извештаја о раду овог органа: за 2007.[91], 2008.[92] и 2009.[93] годину. Поред осврта на тренутно стање и постојеће механизме остваривања људских права у нашој зе-

---

[86] Марковић, Р.: *op. cit.*, стр. 663.

[87] Чл. 33. ст. 1., Закон о Заштитнику грађана, „Службени гласник РС“, број 79/2005 и 54/2007.

[88] Марковић, Р.: *op. cit.*, стр. 667. и 663.

[89] Чл. 33. ст. 2., Закон о Заштитнику грађана, „Службени гласник РС“, број 79/2005 и 54/2007.

[90] Чл. 33. ст. 3.

[91] Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2007. годину, „Службени гласник РС“, број 38/2008.

[92] Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2008. годину, „Службени гласник РС“, број 23/2009.

[93] Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2009. годину, „Службени гласник РС“, број 23/2010.

мљи у областима као што су родна равноправност, права детета, права националних мањина и права особа са инвалидитетом, сва три извештаја садрже и посебна поглавља посвећена искључиво заштити права лица лишених слободе. У овим извештајима, појам лица лишених слободе дефинисан је прилично широко и обухвата сва лица лишена слободе, без обзира на основ лишења, као и лица чије материјално или здравствено стање или друге околности чине зависним и приморaним на боравак у одговарајућим установама и то: лица која издржавају казну затвора, лица у притвору, малолетнике према којима се извршава васпитна мера упућивања у васпитно-поправни дом, лица задржана од стране полиције, лица према којима се извршавају мере безбедности у здравственој установи – пацијенте у неуропсихијатријским установама, децу смештену у домовима за социјалну заштиту, лица у геријатријским установама и избеглице у избегличким камповима. Иако су нека од ових лица смештена у установама где постоји формална слобода да исте напусте, она због свог стања немају фактичку могућност да то учине, те су због тога за потребе извештаја сврстана у категорију лица лишених слободе.[94]

На основу анализе досадашњих извештаја омбудсмана, у области права лица лишених слободе може се уочити неколико кључних проблема. У сва три извештаја је као основни проблем идентификована пренасељеност установа за извршење казне затвора и мере притвора. Посебну озбиљност овом питању даје уочен тренд континуираног повећања броја лица на издржавању казне затвора и притвореника, који није праћен ни пропорционалним повећањем смештајних капацитета тих установа. Наиме, укупни капацитети свих затвора у Републици Србији процењују се на максималних 7000 места, а у њима је крајем децембра 2009. године било смештено преко 11000 особа. Пренасељеност је окарактерисана као суштински проблем, који непосредно проузрокује потешкоће у погледу услова за смештај, хигијене, здравствене заштите, безбедности, исхране и многих других сегмената живота, како лица која се налазе на издржавању казне затвора тако и лица којима је одређена мера притвора. Такође, истакнуто је да, иако тортура не постоји као институционална, односно системска појава, поједини улови смештаја захваљујући пренасељености могу бити окарактерисани као нехумани и понижавајући.[95]

---

[94] Видети: Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2007. годину, „Службени гласник РС“, број 38/2008, стр. 15.

[95] Видети: Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2007. годину, „Службени гласник РС“, број 38/2008, стр. 16, Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2008. годину, „Службени гласник РС“, број 23/2009 стр. 26, Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2009. годину, „Службени гласник РС“, број 23/2010, стр. 26.

Извештаји Заштитника грађана указују да постојећи капацитети пенитенцијарних установа у нашој земљи ни у квалитативном смислу не задовољавају савремене међународне и националне стандарде смештаја. Као посебно непримерено издвојено је архитектонско решење у Окружном затвору у Београду, где се ходници простиру уз спољне зидове, а спаваонице кроз средишњи део зграде, што онемогућава директан доток ваздуха и природне светлости.[96]

Следећа област која је у сва три извештаја идентификована као спорна јесте здравствена заштита лица лишених слободе, а посебно особа које се налазе на издржавању казне затвора. Иако Закон о извршењу кривичних санкција предвиђа висок ниво здравствене заштите затвореника[97] који је у великој мери усклађен са међународним стандардима, његово поштовање у пракси често изостаје.[98] У извештају за 2007. годину истакнуто је да међу лицима лишеним слободе која бораве у заводима Управе за извршење заводских санкција постоји забрињавајућ број оних који су заражени вирусима ХИВ-а и хепатитиса Ц, као и зависника од психоактивних супстанци.[99] То потврђују и Годишњи извештаји Управе за извршење кривичних санкција за 2007, 2008. и 2009. годину, указујући при том на константан пораст броја лица лишених слободе са тим здравственим проблемима.[100] Упркос таквим алармантним подацима, лоши смештајни услови онемогућавају адекватан третман оболелих лица, а додатне препреке за остваривање задовољавајућег нивоа здравствене заштите чине и недовољан број медицинског особља и неадекватна опремљеност амбуланти.[101]

---

[96] Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2007. годину, „Службени гласник РС“, број 38/2008, стр. 16.

[97] Видети: чл. 101–105, Закон о извршењу кривичних санкција, „Службени гласник РС“, број 85/2005 и 72/2009

[98] Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2008. годину, „Службени гласник РС“, број 23/2009, стр. 28.

[99] Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2007. годину, „Службени гласник РС“, број 38/2008, стр. 16.

[100] Видети: Годишњи извештај о раду Управе за извршење заводских санкција за 2007. годину, Министарство правде Републике Србије, Београд, 2008. године, стр. 89, Годишњи извештај о раду Управе за извршење заводских санкција за 2008. годину, Министарство правде Републике Србије, Београд, 2009. године, стр. 103 и 107. и Годишњи извештај о раду Управе за извршење кривичних санкција за 2009. годину, Министарство правде Републике Србије, Београд, 2010. године.

[101] Редован годишњи извештај заштитника грађана за 2008. годину, „Службени гласник РС“, број 23/2009, стр. 28.

Познато је да сврха извршења казне затвора (у оквиру опште сврхе прописивања и изрицања кривичних санкција)[102] подразумева да осуђени применом одговарајућих програма поступања усвоји друштвено прихватљиве вредности у циљу лакшег укључивања у услове живота после извршења казне како убудуће не би вршио кривична дела. Због тога посебну забринутост изазивају запажања Заштитника грађана у вези са недостатком активности односно. „принудном беспосличарењу“ у затворима. Извештаји омбудсмана описују активности које се нуде затвореницима као прилично ограничене, неефикасне, несистематске и неподобне да остваре функцију њиховог преваспитања. Поред тога, указано је и на недостатак или недовољан број стручних кадрова, пре свега, лекара и осталих здравствених радника, али и васпитача и психолога који би радили са осуђеним лицима. [103]

Закључак

Модерно друштво готово универзално прихвата да човекова слобода, као сложен појам саздан од низа појединачних права и овлашћења, представља неприкосновену и неотуђиву цивилизацијску тековину. Због тога савремена правна наука и пракса прихватају становиште да одузимање, односно ограничење слободе кретања, али и низа других људских слобода и права, које су у бити казне затвора, као и све намерне или ненамерне депривације које их нужно прате, у сасвим довољној мери погађају осуђено лице, те да било каква додатна лишења представљају озбиљно кршење елементарних људских права. Када се томе дода чињеница да су лица лишена слободе изложена повишеном ризику од евентуалне злоупотребе и самоволје, управо због природе свог положаја који подразумева боравак у установи тоталног типа, изолованост, ограничену комуникацију са „спољним светом“ постаје јасно због чега је неопходно обезбедити више канала и механизама за спровођење и интерне и екстерне контроле и надзора над радом управе за извршење кривичних санкција, као посебног органа управе у саставу Министарства правде.

Ако се узме у обзир да постоје и други видови надзора законитости и правилности рада овог органа управе (унутрашња-управна контрола и

[102] Чл. 4. ст. 2. Кривични законик, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 и 111/2009

[103] Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2008. годину, „Службени гласник РС“, број 23/2009, стр. 28. и Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2009. годину, „Службени гласник РС“, број 23/2010, стр. 26. и 27.

судска контрола и парламентарна контрола), може се поставити питање у којој мери је инсистирање на контроли од стране Заштитника грађана заиста оправдано? Неопходност постојања ове додатне – независне карике у ланцу контроле рада Управе за извршење заводских санкција постаје јасна када се контрола од стране омбудсмана схвати не као замена за неки од постојећих модалитета надзора, већ као њихова допуна. У том смислу, могло би се рећи да овај начин контроле не треба да егзистира, односно да делује не паралелно са другим видовима надзора, већ да они треба да се међусобно прожимају и допуњују.

Лака доступност и неограничена могућност лица лишених слободе да упућују притужбе Заштитнику грађана навели су поједине ауторе да отворе питање евентуалне злоупотребе или, боље речено, претеране и непримерене употребе овог права, односно његовог коришћења противно сврси због које је установљено. Један од начина прилагођавања осуђених лица на затворске тегобе, познат као „иновација“, укључује управо неумерено писање најразличитијих притужби и жалби државним органима, представницима медија и невладиних организација. Слање таквих представки је, иначе, сасвим легално и легитимно, али лако може прерасти у механизам одбране личности, односно постати само себи циљ. Ипак, чини се да страх од превеликог броја представки не може бити довољно ваљан аргумент за било какво ограничавање или условљавање права затвореника да се обраћају Заштитнику грађана, а задатак је тог органа да процени да ли је надлежан да поводом њих поступа и које од њих ће уважити.

Недоумице (превасходно код лица лишених слободе која сматрају да су им актом, радњом или нечињењем органа управе повређена нека права, те да стога треба да се обрате Заштитнику грађана) може изазвати законска одредба према којој упућивање притужбе овом органу треба да буде *ultima ratio*. Закон о Заштитнику грађана изричито условљава подношење притужбе омбудсману претходним покушајем подносиоца да заштити своја права у одговарајућем правном поступку. Међутим, Заштитник грађана ипак може покренути поступак и пре него што су исцрпљена сва правна средства, ако би подносиоцу била нанета ненадокнадива штета или ако се притужба односи на посебно некоректан однос органа према њему, неблаговремен рад или друга кршења правила етичког понашања запослених у органима управе. Специфичност, сложеност (а повремено и дуготрајност) осетљиве позиције у којој се налазе лица лишена слободе у потпуности оправдава примену наведеног изузетка на већину притужби упућених омбудсману од стране затвореника.

Чињеница да је обраћање овом органу лишено свих оних формалности које у другим случајевима индивидуалног обраћања надлежним органима представљају неминовност као и брзина и ефикасност које се захваљујући томе могу постићи, свој пуни смисао остварују управо у ситуацијама експлицитног кршења људских права лица лишених слободе. Реч је о случајевима када је од виталног значаја да отклањање извора повређивања или угрожавања људских права затвореника буде учињено одмах и без претераних формалности и одлагања. У таквим „акутним“ ситуацијама само покретање управног спора или евентуално, кривичног поступка можда не би обезбедило очување људских права лица лишеног слободе, већ би чак могло изазвати и супротан ефекат и изложити га додатним непријатностима. Наравно, будући да је суплементарног карактера, интервенција омбудсмана неће искључити могућност за покретање и одговарајућих судских поступака уколико су се за то стекли законски услови. Али, без ње би постојала опасност да захваљујући дужини судског поступка практично буде у потпуности или делимично осујећен примарни, заједнички циљ свих видова контроле рада завода – поштовање људских права осуђених лица.

Приликом оцене реалних домашаја и, уопште, улоге Заштитника грађана у заштити права лица лишених слободе треба узети у обзир чињеницу да институција омбудсмана представља значајну новину у нашем правном систему – нормативне претпоставке за његово увођење остварене су 2005. године, а Републички омбудсман је почео са радом тек пре четири године. Поред тога, треба имати у виду да могућност обраћања овом органу и његова евентуална интервенција и контрола нису новина само у свету правних прописа. Увођењем Заштитника грађана драстично се мења како положај оних који могу да му се обрате тако и оних који се тим поводом могу наћи на мети његових критика. Међутим, до такве промене може доћи тек када и једна и друга страна схвате сву снагу али и сва ограничења која постоје када су у питању овлашћења овог органа.

С обзиром на то да упутства омбудсмана немају обавезујућу правну снагу, питање његовог реалног домашаја на пољу заштите људских права затвореника може се, у крајњој линији, свести на питање општег ауторитета који је он током свог релативно кратког постојања у нашем правном систему успео да изгради. Коначно, не треба заборавити да понекад и само обраћање јавности ако долази од носиоца одговарајућег ауторитета, понекад може бити сасвим довољно, па чак и моћније средство за санкционисање и превенцију „лоше праксе“ или кршења људских права од стране органа управе. На тај начин, омбудсман неће само обелоданити одређене пропусте у њиховом раду, него и скренути пажњу на потре-

бу за промене постојећих законских решења али и појединих теоријских приступа поступању са лицима лишеним слободе.

Да би национални и међународни правни стандарди у области извршења кривичних санкција били у потпуности имплементирани у свакодневној пракси надлежних органа, потребно је интензивно, доследно и координирано спровођење свих механизама контроле њиховог рада. На путу ка постизању задовољавајућег нивоа људских права лица лишених слободе у нашој земљи, сарадња других органа са Заштитником грађана и ослушкивање и уважавање његових препорука и сугестија може бити од изузетне користи. Ипак, ефикасно ангажовање омбудсмана није могуће уколико лица лишена слободе нису благовремено и потпуно упозната са својим правима, укључујући и право обраћања овом органу. У том смислу су, према извештајима Управе за извршење кривичних санкција, већ учињени одређени напори, али активности на том пољу треба продужити.

На крају, као крупна препрека остваривању људских права затвореника стоји и прилично амбивалентан однос друштва према њима, које неретко заборавља да су у питању „грађани иза решетака“ а не изоловани и обесправљени објекти социјалне стигматизације. Он се пре свега огледа у ставу да је хуманизација односа према њима у супротности са циљевима сузбијања криминалитета кроз специјалну и генералну превенцију, при чему се заборавља да сврха казне одавно није пука одмазда која је сама себи циљ, већ ресоцијализација преступника и њихово преобраћење у корисне чланове друштвене заједнице. И на том пољу, ауторитет Заштитника грађана и снажан одјек који могу да имају његове констатације – остварује се значајан допринос.

Литература

Давинић, М.: Значај институције омбудсмана за правни систем, *Правни живот,* бр. 10/2007, Удружење Правника Србије, Београд, 2007. године

Игњатовић, Ђ.: *Криминологија*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за публикације, Београд, 2008. године

Јовашевић, Д.: *Кривично право* – Општи део, Номос, Београд, 2006. године

Јовашевић, Д.: *Лексикон кривичног права*, Јавно предузеће Службени лист СРЈ, Београд, 1998. године

Константиновић Вилић, С., Костић, М.: *Пенологија*, Свен, Ниш, 2006. године

Марковић, Р.: *Уставно право и политичке институције*, Јустинијан, Београд, 2005. године

Николић, З.: *Савремена пенологија – студија казни и кажњавања*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2009. године

Николић, З.: *Пенолошка андрагогија са методиком преваспитања*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2005. године

Николић, З.: *Криминологија са социјалном патологијом*, Народна књига, Београд, 2000. године

Petersson, O.: *The Swedish 1809 Constitution*, The Swedish Centre for Business and Policy Studies, SNS, Stockholm, 2009. године, доступно на http://www.olof-petersson.se/_arkiv/skrifter/rf1809.pdf

Соковић, С.: Заштита и ограничавање права осуђених лица, *Правни живот* – часопис за правну теорију и праксу, број 9/2002, вол. ЛИ, књига 469, Удружење правника Србије, Београд, 2002. године

Wieslander, B.: *The Parliamentary Ombudsman in Sweden*, The Bank of Sweden-Tercentenary Foundation, Gidlunds Förlag, Stockholm 1994. године

Извори

Годишњи извештај о раду Управе за извршење заводских санкција за 2007. годину, Министарство правде Републике Србије, Београд, 2008. године.

Годишњи извештај о раду Управе за извршење заводских санкција за 2008. годину, Министарство правде Републике Србије, Београд, 2009. године.

Годишњи извештај о раду Управе за извршење кривичних санкција за 2009. годину, Министарство правде Републике Србије, Београд, 2010. године.

Кривични законик, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 и 111/2009

Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, „Службени лист СФРЈ“, бр. 7/1971

Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом број 11, „Службени лист СЦГ“ – Међународни уговори, бр. 9/2003

Закон о ратификацији Европске конвенције о спречавању мучења и нехуманих или понижавајућих казни или поступака измењене и допуњене Протоколом 1 и Протоколом 2 уз Конвенцију, „Службени лист СЦГ“ – Међународни уговори, бр. 9/2003

Закон о ратификацији Конвенције против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни и поступака, „Службени лист СФРЈ“ Међународни уговори, бр. 9/1991 и „Службени лист СЦГ“ – Међународни уговори, бр. 16/2005 и 2/2006

Закон о извршењу кривичних санкција, „Службени гласник РС“, број 85/2005 и 72/2009

Закон о Заштитнику грађана, „Службени гласник РС“, број 79/2005 и 54/2007

Препорука бр. Р (87) 3, усвојена од Комитета министара Европског савета 12. фебруара 1987. године

Правилник о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора број 110-00-6/2010-03 од 27. 09. 2010. године, „Службени гласник РС“, бр. 72/2010.

Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2007. годину, „Службени гласник РС“, број 38/2008

Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2008. годину, „Службени гласник РС“, број 23/2009

Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2009. годину, „Службени гласник РС“, број 23/2010

Резолуција Економског и социјалног савета УН бр. 663 Ц (XXIV) од 31. јула 1957. године

Резолуција Економског и социјалног савета УН бр. 2076 (LXII) од 13. маја 1977. године

Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, број 98/2006

Саопштење за јавност, „Ванредна контрола заменика Заштитника грађана Казнено – поправном заводу у Нишу“, од 6. октобра 2009. године, објављено на званичној интернет презентацији Заштитника грађана и доступно на следећем линку: http://www.ombudsman.rs/index.php/lang-sr/aktivnosti/saopstenja/617-2009-10-06-08-27-36

Посебни извештај „Стање људских права по областима предвиђеним Законом о Заштитнику грађана“ од 9. децембра 2008. године, објављен на званичној интернет презентацији Заштитника грађана и доступан на следећем линку: http://www.ombudsman.rs/index.php/lang-sr/izvestaji/posebni-izvestaji/566-2009-08-10-12-39-21

Summary

Ombudsperson and the Respect of Prisoners' Human Rights in the Republic of Serbia
Respecting prisoners' human rights and their limitation solely to the extent that corresponds to the essence of the penalty of imprisonment represents one of the fundamental principles of contemporary penitentiary systems. This principle also includes an efficient mechanism of internal and external control of Administration for Enforcement of Criminal (previously: Custodial) Sentences. In 2007, the existing control system was upgraded through the establishment of the Ombudsperson – an independent body empowered to supervise and control the work of administrative bodies and to protect human rights. The author attempts to analyze the position and the role of the Ombudsperson when it comes to the protection of prisoners' human rights in the Republic of Serbia as well as to briefly present key challenges the Ombudsperson has been facing while acting in this field.
Key words: Imprisonment, Prisoners, Human Rights, Ombudsperson, Administration for Enforcement of Criminal Sentences

UDK: 321.01

Раде Ј. Јанковић
Адвокат из Бољевца

РЕФЛЕКСИЈА О ГРАНИЦАМА ДЕЛОТВОРНОСТИ МОДЕРНЕ ДРЖАВЕ

„...тоталитарни је режим
само нижа *форма демократије.*“
Дени де Ружмон (1)

1.

Према Хумболту, могуће је повући јасну границу између државе класичног типа и модерне тираније. Та граница јесте: граница делотворности државе! У модерној тиранији граница делотворности државе је измештена и померена на штету приватности и слободе. *Претежно се* – каже Хумболт – *слобода грађана сужавала са двојаког гледишта, једном са гледишта нужности да се устав било устроји било осигура, а затим и са гледишта корисности да се води брига о физичком и моралном стању нације.* (2)

За разлику од државе класичног типа, модерна тиранија се више не задовољава да буде само чувар права и сигурности – она постаје врховни креатор права и регулатор слободе и једнакости грађана. Док је држава класичног типа бринула за слободу приватног живота, дотле модерна тиранија брине о здрављу, срећи и задовољству својих грађана. Та инверзија функције коју држава треба да врши, инверзија која се десила крајем XVIII века, у вези је са променом у сензибилитету модерног човека, про-

меном која се одиграла на ширем плану и која је захватила готово читаву Европу. Модеран човек, за разлику од човека класичног доба, више не тражи слободу већ сигурност, и спреман је увек да приватност жртвује задовољству.

Тако су његова слобода и приватност опасно угрожене њим самим, у истој мери у којој су угрожене споља, неконтролисаним ширењем механизма власти. Резултат тог двоструког дејства јесте потпуно укидање слободе и приватности у перспективи коју нам је својевремено, на сликовит начин изложио Бернард Шо: *„На силу ће вас хранити, облачити, дати кров над главом, учити и запошљавати, хтели ви то или не. Ако се открије да немате карактера и квалитета вредног свих ових мука, можете на фини начин бити уклоњени. Али, докле год вам је дозвољено да живите, морате да живите добро.“* (3) Очигледно је да изложена доктрина насилног утеривања среће почива на власти државе над телом појединца. Али не као облик својине, већ као разрађена стратегија промењене функције власти. Идеја је да се механизам власти подеси тако да живот појединца буде потпуно уоквирен; да се апаратура тако усаврши да може да преузме старање и надзор над свакодневним понашањем појединца, његовим идентитетом, навикама, и наизглед безазленим поступцима, какво је на пример и пушење. *Све у свему* – закључио је Мишел Фуко – *та се власт врши а не поседује, она није стечена или сачувана „привилегија“ владајуће класе – последица коју одржава и понекад учвршћује положај оних којим се влада.* (4)

2.

Све тираније наступају у име физичког и моралног здравља нације. У име физичког здравља Спартанци су убијали своју децу; у име моралног здравља католика гореле су на ломачи вештице и јеретици; у име здравља немачке нације донет је читав сет закона... И бољшевици су, наравно, бринули о здрављу „своје нације“. И они су, рецимо, имали своје кампање за борбу против пушења. На једној фотографији из 1928. видимо Бухарина како младим комсомолцима потписује свечану изјаву да се одриче пушења. (5) Ми, на жалост, не располажемо прецизним подацима о ефектима ове мере на здравље руског пролетаријата тридесетих година прошлог века. Статистички подаци са којима располажемо говоре нам, међутим – да се смртност због тога није смањила! Напротив!...

„То значи да може постојати „знање“ о телу које се не своди на науку о телесним функцијама, као што може постојати овладавање телесним снагама које се не може свести на могућност њиховог побеђивања... (6) Та-

ко долазимо до онога што је Мишел Фуко назвао *„политичком технологијом тела“*. Политичком технологијом тела може се од човека направити бубица! Ово „знање“ је настало и развијало се упоредно са напретком механике. Већ од доба „Ренесансе“ човек је све више постајао предмет интересовања са оне спољашње, чисто физиолошке стране – као савршени механизам. (7) Тако је постепено ишчезавало и интересовање за онај унутрашњи квалитет који је услов његове целовитости – квалитет који су стари Грци означавали изразом *arete*. Нешто од његовог значења сачувало се још помало у француској речи *vertu*, а ми га само овлаш и из далека додирујемо кад кажемо *врлина*. Јер *arete* је значило: и моћ, и снага, и храброст... Али и начин деловања! – снажно, моћно, храбро...

Сведоци смо последње етапе једног процеса који траје вековима. То је процес разградње интегралног човека. Са њим се мења и лик модерне државе – јер лик државе је наличје оних који је творе. Обратимо пажњу на овај процес мутације који се десио у последњих пет векова европске историје: у држави класичног типа – какве су биле Атина, Рим и државе раног средњег века – политички субјект је *човек*; у грађанским демократијама – какве су биле Француска и Енглеска након револуције – политички субјект је *грађанин*; у модерним тиранијама – какве су данас готово све развијене плутократије западноевропског типа – политички субјект је *поданик*. Поданик је биће које препушта другоме да управља његовом судбином – други га храни и облачи, други му подиже кров над главом; други брине о њему – о његовом укусу, мишљењу, образовању и безбедности; о његовој жени, деци и његовом здрављу. Тако здравље постаје инструмент владавине и у модерној тиранији – средство за манипулацију и тренирање строгоће у великим размерама.

Ерозија класичне државе, са њеним уским границама делотворности и широким пољем за слободу приватности, изгледа да је коначна и неповратна. (8) Схватање да држава може и више од заштите сигурности својих поданика, довело нас је постепено, у етапама, и до модерне тираније. Мноштвом малих ограничења и уступака, прстен око људске слободе и приватности стално се сужавао, све дотле док приватност није потпуно ишчезла, а од слободе остао само псеудо избор између две или више истоветних парадигми које се стално подмећу као тобожња различитост. (9) Зато о модерним тиранијама говоримо као о тиранијама баршунастог типа, за разлику од тиранија ригидног типа – какве су биле: нацистичка, фашистичка и бољшевичка. У тиранијама ригидног типа поље слободе и приватности освајала је и запоседала држава, и упркос тајновитости њених институција, она је то чинила на један више него транспарентан начин – она се чак и разметала том силом којом је ширила границе своје

делотворности, чак и онда кад је у рукама држала само „празну пушку“. Али у модерним тиранијама баршунастог типа, ширење делотворности на штету слободе и приватности више није тако транспарентно, будући да је стварна моћ измештена са јавне сцене и склоњена иза кулиса демократије. Истинска управљачка моћ је скривена моћ у рукама удружене политичке и економске олигархије, те се држава ту појављује у улози посредника, још боље као „сервисер услуга“ – она је та плишана рукавица навучена на гвоздену песницу тираније.

Измештено тежиште моћи има свој пандан у метаморфози политичког субјекта. Модерним тиранијама је потребан зомби – а не човек! Серијом Павловљевих експеримената, она ствара услове и припрема терен за тај коначни преокрет: да се обичан човек претвори у бесловесну масу! Идеја је да поданичко понашање постане ваша рефлексна реакција. Забрана пушења на јавним местима је један такав експеримент. Експеримент којим се проверава: да ли сте већ довољно блесави или је потребно да се још мало поради на томе? Јер ваше здравље не угрожава дувански дим, у мери у којој га угрожавају: издувни гасови, отпадне воде, дим из топионица, храна загађена фосфатима, осиромашени уранијум којим вас је засуо „Милосрдни анђео“... Па ипак, ви дисциплиновано излазите у дворишта ваших јавних установа, цупкате на хладноћи и киши, пушите брзо и халапљиво – поштујете закон! Забрињавајућа је та нормалност са којом обичан човек понизно прихвата ову ишчашену и понижавајућу позицију. Забрињавајућа – јер је последица једног застрашујуће неумољивог и ефикасног механизма. Тиранија баршунастог типа вас више не присиљава грубом силом да прихватите пожељно понашање. Она вам само креира премисе и усмерава вашу вољу. Сигурном руком, и непогрешиво вас води до пожељног понашања – али тако, да се пожељно понашање прихвати као нешто само по себи разумљиво – отуда, не као наметнуто већ као последица сопственог мисаоног напора.

3.

Тиранија баршунастог типа не цензурише већ вас образује и васпитава тако да сами себе цензуришете – да свако буде самом себи цензор! Она не подиже затворе и радне логоре. Она производи околности унутар којих ће читава друштва бити један велики радни логор, и један велики затвор у коме ће поданици сами себе утамничавати – један помоћу другог. И Алекса Жунић више није комични лик из неке егзотичне србске недођије – постао је парадигма свеукупне савремене стварности: на зидовима свих наших јавних установа истакнути су бројеви телефона и

имена доушника који су задужени да вас прате и надгледају: да ли пушите на правом или на погрешном месту?... Тако се делотворност државе шири као вирус – невидљиви механизам власти постаје дифузан, тиме и крајње неограничен, јер држава сада може да унутар своје делотворности обухвати све, баш све – уз вашу помоћ! Држава постаје тоталитарна – а да ви то нисте ни приметили!

Отуда сва та лукавства, наизглед чедна али дубоко сумњива; сва та подешавања, суптилне цизелације у примени понижавајуће присиле. Тиранија баршунастог типа поробљава идејама – идејама које се прихватају као самонаметнута ограничења. Држава се више не појављује у улози директног и непосредног тлачитеља већ у улози арбитра који дистрибуира положај тлачитеља и потлачених; потлачени пак сами себе подјармљују тиме што као неминовност прихватају све префињене лажи којим се држава оправдава. Али овде би, пре свега, морали да се запитамо: имамо ли ми, заправо, довољно слуха да на време препознамо ту пузећу баршунасту тиранију која нам се готово нечујно прикрада с леђа? Она сада делује суптилније – зато и наша чула морају да буду осетљивија. Тиранија баршунастог типа се, међутим, потрудила управо то – да нам уништи чула! То је највећи проблем данашњице: одсуство слуха за мале разлике. Мала је разлика између пушења у згради, и пушења испред зграде „на минус пет“. Па ипак, то је довољно велика разлика да вас одреди и раздвоји два света: свет самосвесних људи, од света бесловесне масе поданика. Кад та разлика ишчезне и граница делотворности државе се помери – држава постаје апсолутни господар ваше судбине.

И поље илегитимности се педантно и систематски шири. Коначни циљ тираније баршунастог типа и јесте да сви поданици – на бази само једне широко постављене норме – постану преступници. Тада ће држава, уместо да кажњава, бити она инстанца која селективно амнестира. Тада ће и да вас жигошу као стоку – *чипом* који ће се убризгавати под кожу као пилула. Све за ваше здравље! Слободно и без насиља – демократски! Они који прихвате да буду жигосани биће награђени; они који одбију умреће – јер „*нико не може ни купити ни продати, осим ко има жиг, или име звјери, или број имена њезина*“. (10) Временом ће, слутим, овај механички чип бити замењен неком врстом биолошког чипа који ће се убризгавати директно у фетус. Тако ће се рађати само она деца која имају уграђен „бар код“ као знак „педигреа“ – док ће сва остала умирати већ на порођају, јер инструменти који треба да их одрже у животу неће моћи да их „прихвате“. И смртна казна више неће да се изриче на један баналан начин као до сада, већ фино и рафинирано – рутински! Бесловесна маса ће директно и непосредно, путем SMS порука, бирати „ко остаје а ко

испада из игре“ – као у „Великом брату“... Улога целата може да буде и забавна! У ствари, она је увек забавна кад постане лишена смисла – самим тим и прихватљива, јер пружа задовољство уз минимални утрошак напора. Зато је „Велики брат“ ту – да вас утренира, да вас лиши смисла, да све учини лаким, да све постане забавно... Да читав свет постане забаван – један „Велики брат“! И једна велика „Фарма“ – „Животињска фарма“!...

Али наша спремност да се одупремо може променити све!...

Литература

(1) Дени де Ружмон: „У загрљају ђавола“ – Чачак, 1991, стр. 64.

(2) Вилхем фон Хумболт: „Идеје за покушај одређења граница делотворности државе“ – Нови Сад, 1991, стр. 8.

(3) Џорџ Бернард Шо: „Водич у социјализам за интелигентну жену“ – цитирано према Ралф Еперсон: „Нови светски поредак“ – Бгд., 2001, стр.25.

(4) Мишел Фуко: „Надзирати и кажњавати“ – Нови Сад, 1997, стр. 29.

(5) Стефан Коен: „Бухарин и бољшевичка револуција“ – Ријека, 1980.

(6) Мишел Фуко: „Надзирати и кажњавати“ – Нови Сад, 1997, стр. 28.

(7) Тако смо дошли и до ензима и аминокиселина које луче наше жлезде, и које се могу савршено разложити и поново саставити као часовник, као компјутер, као било која машина. И тако смо заборавили: да је то што се разлаже само организам – а да је човек, заправо, само оно што снагом воље и разума повратно делује на наше жлезде. И што се не може ни разложити ни поново саставити.

(8) Историја Грчке и Рима би могла да се исприча и као хроника о пропадању демократије и њеном претварању у своју супротност. Била би то прича о сервилности која систематски нагриза вирилност, претвара човека у поданика и тако трасира пут олигархији и тиранији. У тој причи има нешто архетипско што је чини вредном наше пажње: *све док човек попушта својим наконима за удобношћу држава шири своје пипке, увлачи се у све поре, разара друштвено ткиво све док не уништи и саму себе.*

(9) Са тенденцијом да и та привидна различитост ускоро ишчезне. То постаје огољено и јасно на тзв. „унутарстраначким изборима“. Све наше „демократске странке“, готово увек, истичу само једног кандидата за избор председника – чиме недвосмислено исказују своју тоталитарну структуру. Само је питање времена, када ће та унутрашња тоталитарна структура ескалирати као спољашња друштвена форма владавине.

(10) „Откривење Св. Јована Богослова“ – Бгд., 1996, стр. 48

UDK: 343.261(497.11)

Цвијетин Ђорђић
специјалиста права
КПЗ Падинска Скела – Београд

МЕРЕ ПРИНУДЕ ПРЕМА ЛИЦИМА ЛИШЕНИМ СЛОБОДЕ

Сажетак

Једна од веома осетљивих тема везаних за положај затвореника[1] у српским (а сасвим сигурно и другим) затворима је примена мера принуде према тим лицима као потреба одржавања реда и неопходног степена безбедности.

Што се мере притвора тиче, ова осетљивост проблема се огледа без сумње у уставном и законском утемељењу претпоставке невиности. Притвор је мера која се изриче сасвим изузетно и служи тек да би се обезбедило присуство окривљеног и уопште несметано вођење кривичног поступка.

Не представљајући казну (јер још нита није доказано), притвор престаје најкасније када буде правоснажно пресуђено о кривичној ствари, али свакако је пожељно да се тај тренутак деси значајно раније, односно чим престану разлози због којих је притвор одређен.

Из овога следи да притвореник заиста „није никада крив“ (као што то и сâми притвореници често кажу), јер се кривица утврђује правоснажном пресудом, а тада притво-

[1] У тексту се користи израз „затвореници“ који се не примењује у нашем праву, али је у широкој употреби у упоредној теорији и пракси и практичан је јер обједињује осуђена и притворена лица који се по сасвим различитом основу налазе у затворима.

рено лице добија статус осуђеника. Дакле, притвореник је невин док се супротно не докаже, па је тема примене мера принуде према човеку који се сматра невиним увек осетљиво питање.

Са друге стране, казна затвора је изваган и управо сразмеран одговор на друштвено штетно понашање учиниоца кривичног дела и свако друго кажњавање током извршења те казне није дато од суда већ га чини по својој оцени орган управе. Из тих разлога, а у циљу заштите основних људских права, ово осетљиво питање треба решавати кроз прецизне и јасне прописе који онемогућавају било какву произвољност и арбитрерност у доношењу одлука, дакле прописе који ће се тицати искључиво заштите реда и безбедности у примени мера принуде без могућности проширења разлога за примену тих мера.

Законско уређење проблема

Основни закон који уређује материју извршења кривичних санкција је Закон о извршењу кривичних санкција[2] (у даљем тексту: ЗИКС), па се он може сматрати и основним прописом за област принудних мера према осуђеним и притвореним лицима, с обзиром да је ова материја груписана у делу закона под називом „Мере за одржавање реда и безбедности“.

У тексту ЗИКС-а наводе се мере које се примењују са циљем одржавања реда и безбедности (међу којима су и принудне мере) и даје основне смернице у поступању приликом примене тих мера, препуштајући детаљније уређење ове материје одговарајућем подзаконском акту.

Правилник о мерама за одржавање реда и безбедности у заводима за извршење заводских санкција[3] (у даљем тексту: Правилник) је управо тај основни подзаконски акт донет као одговор на обавезу задату ЗИКС-ом донетим још 2005. године.

Проблем је у томе што Правилник никада није мењан а тиме ни прилагођаван изменама и допунама ЗИКС-а, нарочито оним изменама и допунама из 2009. године, па сада имамо одређене противречности и нејасноће које свакако нису добродошле у овој материји, а о којима ће у даљем тексту бити речи.

Осим ових прописа, различите мере које би се могле третирати као мере принуде су расуте и по другим прописима који се баве извршењем кривичних санкција, тако да од тих прописа треба посебно поменути:

Правилник о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора[4] који предвиђа дисциплинске мере за теже дисциплинскересту-

[2] „Службени гласник РС“, бр. 85/2005, 72/2009 и 31/2011.

[3] „Службени гласник РС“, бр. 105/2006.

[4] „Службени гласник РС“ бр. 72/2010.

пе осуђених лица, међу којима се издваја „упућивање у самицу у слободно време или током целог дана и ноћи“, као и Правилник о дисциплинским преступима, мерама и поступку према осуђеним лицима[5] који такође наводи дисциплинске мере, али осим њих садржи и друге активности које су у ширем смислу принудне мере, као на пример у члану 54: „Од момента сазнања за учињени тежи дисциплински преступ до започињања и током дисциплинског поступка, управник Завода или лице које он одреди може одлучити да се осуђени издвоји из безбедносних разлога од осталих осуђеника до 24 сата“[6].

Ипак, овде треба ставити ограду, јер ЗИКС предвиђа да је максимална дужина времена издвајања 48 сати, па је то једна од различитости између важећих подзаконских аката који нису пратили измене ЗИКС-а.

Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала[7], који садржи све принудне мере предвиђене ЗИКС-ом, додаје три нове принудне мере и то:

– употребу електромагнетних (електроничних) несмртоносних средстава;
– употребу акустичко-оптичких несмртоносних средстава;
– употребу кинетичких несмртоносних средстава;

Правилник о кућном реду Посебног одељења за издржавање казне затвора за кривична дела организованог криминала[8], који наводи да је дозвољена примена мера за одржавање реда и безбедности, делећи их на принудне и посебне мере, што указује да се ради о аналогној примени мера које су дате у Закону о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала.

Врсте мера принуде и њихово место у систему одржавања реда и безбедности у затворима

Све мере за одржавање реда и безбедности деле се на две главне групе и то: *мере принуде* и *посебне мере*, али би анализа свеукупности ових мера захтевала далеко већи простор обраде, па се у овом тексту задржавамо само на мерама принуде, док посебне мере заслужују аутономију у некој наредној анализи.

---

[5] „Службени гласник РС“ бр. 59/2006.

[6] Ова одредба нема више правну снагу у погледу дужине издвајања, с обзиром да ЗИКС од измена и допуна из 2009 године предвиђа дужи рок за издвајање (48 сати).

[7] „Службени гласник РС“ бр. 72/2009. и 101/2010.

[8] „Службени гласник РС“ бр. 18/2010.

Ипак, да би управо мере принуде биле јасније, може се поменути основна разлика између ове две врсте мера. Та се разлика састоји у узроку и намери њихове примене и уочава се у законским одређењима услова за примену једних или других мера.

Тако, мере принуде се примењују ***онда када је то нужно да се спречи***:
– Бекство осуђеног;
– Физички напад на друго лице;
– Наношење повреде другом лицу;
– Самоповређивање;
– Проузроковање материјалне штете и
– Активан или пасиван отпор осуђеног.

На другој страни, посебне мере се примењују ***када постоји опасност*** од:
– Бекства;
– Насилничког понашања;
– Самоповређивања или
– Угрожавања реда и безбедности друге врсте.

Дакле, из ове две одреднице се јасно види разлика између ове две врсте мера, а што нам може послужити да разумемо природу мера принуде о којима је овде реч.

Та разлика се своди на претпоставку противправног понашања осуђеног лица и реакцију на то понашање која мора бити истовремена и сразмерна (код принудних мера), односно на превенцију (код посебних мера).

Мере принуде су мере интервентног карактера и имају за циљ спречавање даљег вршења неке забрањене радње осуђеног у циљу одржавања реда и безбедности, а посебне мере имају за циљ да спрече да уопште наступи било каква штетна и забрањена радња осуђеног и примениће се само изузетно, када се опасност од наступања таквог понашања не може отклонити на други начин до овим, посебним мерама.

Мере принуде су:
– Употреба физичке снаге;
– Везивање;
– Издвајање;
– Употреба гумене палице;
– Употреба шмркова са водом;
– Употреба хемијских средстава и
– Употреба ватреног оружја.

Наведене мере јесу одговор на непосредно угрожавање реда и безбедности и имају репресивни карактер, али то не значи да се употребљавају слободно, арбитрерно и неспутано.

Генерално и основно правило за примену ових мера састоји се у томе да није допуштена примена строже мере, ако се сврха (одржавање реда и безбедности) може постићи блажом мером, а степеновање строгости ових мера дато је у закону кроз начин њиховог набрајања, па ће најблажа мера бити она која је прва наведена („Употреба физичке снаге“), док је, свакако, најстрожија последња у низу („Употреба ватреног оружја“).

Друго правило јесте да мера принуде мора престати одмах када престану разлози за њену примену, што значи да се она мора обуставити истог момента када је престала радња осуђеног која представља услов за примену мере.

Примера ради, ако се ради о пасивном отпору осуђеног који се манифестује у супротстављању законитом налогу овлашћеног лица заузимањем седећег положаја, а налог гласи на радњу која се тиче одржавања хигијене у просторији, онда је допуштена најблажа мера принуде која мора престати истог тренутка када осуђени заузме активан положај тела, изузев ако је стојећи положај заузет са претњом односно стављањем у изглед да ће осуђени прећи у активан отпор.

Треће правило се тиче обавезе овлашћеног лица да упозори затвореника о намери употребе мере принуде, али ово правило није апсолутно, односно упозорење ће изостати ако се ради о истовременом или барем непосредно предстојећем противправном нападу.

Дакле, ако овако дефинисаног напада на овлашћено лице од стране затвореника нема, онда упозорење о намери примене мере принуде не сме изостати. Ово правило има своје утемељење у разумној тежњи да се мере принуде избегну када год је то могуће, па је претпоставка да ће у значајном броју случајева након упозорења доћи до обуставе радње која представља разлог за примену мере принуде, а тиме и до изостанка услова за њену примену.

Мере принуде и здравствена заштита

Здравствена заштита у вези са применама мера принуде је тема која се у највећој мери разматра и анализира кроз лекарске прегледе затвореника након примене мера принуде, са освртом на врсте мера принуде након којих је лекарски преглед обавезан, квалитет извршених прегледа и њихово континуирано понављање у законом одређеном року, као и извештаје лекара о налазима утврђеним тим прегледима.

Оно што одмах скреће пажњу и изазива недоумицу, јесте смањен број лекарских прегледа затвореника над којима су примењене мере принуде у законској временској константи која износи 24 сата од примене мере принуде.

Наиме, по одредбама основног ЗИКС-а из 2005. године лекарски преглед се мора извршити одмах након примене мере принуде, а након тога још два пута у наредна 24 сата и то у једнаким временским размацима, што би укупно износило 3 лекарска прегледа до истека двадесетчетвртог сата од примене мере принуде.

Изменама и допунама ЗИКС-а из 2009. године, ова одредба је измењена тако што се лекарски преглед и даље има обавити одмах, а у наредна 24 сата тај се преглед „понавља“ и то између дванаестог и двадесетчетвртог сата од примене мере.

Поред тога што није јасно због чега је измена ишла у правцу умањења броја лекарских прегледа, остају и дилеме око тумачења саме одредбе у смислу употребе термина „понављање“ прегледа (с обзиром да преглед може бити сасвим друге професионалне природе), обавезе само једног „понављања“ прегледа (или допуштености више прегледа у датом временском интервалу), као и проблем неусаглашености закона и подзаконског акта, јер Правилник који је у свему донет по ЗИКС-у из 2005. и даље држи обавезу три лекарска прегледа.

Још једна измена везана за примене мера принуде и лекарске прегледе у вези са тим мерама заслужује краћи осврт.

Првобитно решење ЗИКС-а у погледу лекарских прегледа после примене мера принуде оправдано није правило никакву разлику између ових мера, па се лекарски преглед вршио без обзира на врсту мере, а то решење је, логично, прихватио и Правилник.

Изменама и допунама из 2009, из обавезе вршења лекарског прегледа изузето је везивање као мера принуде, па сада одредба члана 130, став 3. ЗИКС-а гласи: „Непосредно након примене мере принуде, изузев мере везивања, обавезан је лекарски преглед осуђеног према коме је мера примењена и који се понавља између дванаестог и двадесетчетвртог сата од примене мере“.

Ово је учињено без неке преке потребе, јер је мера везивања иста као и свака друга мера принуде у погледу свих основних разлога за њену примену и може имати своје специфичне последице, као и свака друга мера, па би лекарски преглед након њене примене у сваком случају добродошао.

Осим тога, Правилником се описују поједине мере принуде, па се за везивање утврђује да је то мера принуде која се мора вршити на начин на

који се не наносе телесне повреде лицу које се везује. Одредба је дата на активно императивни начин тако да обавезује овлашћено лице на чињење усмерено у правцу извршења обавезе („мора вршити“ радњу на задати начин), а не на забрану и нечињење тако што би одредио да овлашћено лице „не сме вршити радњу на начин да нанесе повреду“, па ова конструкција даје одредби о примени везивања као мере принуде још већи значај и обавезност у начину поступања.

Овоме треба додати да Правилник не прави дистинкцију између тежих и лакших повреда, што значи да овлашћено лице мора предузимати принудну меру везивања на начин да не направи никакву телесну повреду затворенику.

У овој анализи кључно је питање на који начин доћи до сазнања да је овлашћено лице заиста и извршило радњу по прописима, ако сâм закон не дозвољава да се након те радње изврши лекарски преглед који је једини меродаван за утврђивање телесних повреда, повезаности телесних повреда и примењене мере и подношења одговарајућих лекарских извештаја и налаза о тој ствари.

Наравно, може постојати тврдња претпостављених о постојању повреда услед непрописно примењених мера везивања, јер те повреде могу бити видљиве и налазе се на специфичним местима (зглобови руку или ногу), али је ова тврдња у евентуалном дисциплинском поступку против овлашћеног лица које је предузело мере везивања на недозвољен начин, значајно слабији и непоузданији доказ од званичног лекарског извештаја и налаза.

Сличне ставове у вези са овом темом је изнео и Београдски центар за људска права у свом извештају о поступању према лицима лишеним слободе[9].

Забрана употребе мера принуде

Кроз текст је већ речено да се мере принуде примењују према осуђеним лицима, а одредбом ЗИКС-а о сходној примени прописа, ове мере се примењују и на притворена лица.

Осим ових категорија пасивних субјеката у вези са применом мера принуде, треба поменути да се ове мере могу употребити и према трећем лицу (које није затвореник), али уз испуњење једног од два алтернативно постављена услова: први услов је да то лице противправно ослобађа осуђеног, а други услов је да противправно улази у просторије Завода.

---

[9] *Поступање према лицима лишеним слободе I – Извештај*, Београдски центар за људска права, Београд 2010, стр. 24.

Ово лице ће бити задржано до доласка полиције.

Ипак, оно што је занимљивије јесу категорије лица према којима мера принуде (уз извесна ограничења) није допуштена.

Ове категорије лица су одређене у члану 14, став 1 Правилника који каже: „Мере принуде, осим физичке снаге, неће се применити према осуђенима који су видљиво стари, болесни, тешки инвалиди, према лицима млађим од 14 година, као ни према осуђеницама чија је трудноћа видљива.“

Оваква одредба, мада имала хуманитарну намеру и призвук, типичан је пример како довести у питање нешто што је у самом настанку замишљено као добро и пожељно.

Потпуно непотребна употреба речи „видљиво“, чини одредбу противном самом њеном циљу који је евидентан, а састоји се у заштити поменутих лица од употребе мера принуде (осим физичке снаге) и парадоксално, омогућава примену таквих мера.

Да би разјаснили овакве тезе, можемо као пример из одредбе навести једну категорију ових лица и то осуђенице „чија је трудноћа видљива“, па под претпоставком употребе гумене палице као мере принуде према овој осуђеници (што није допуштено), размислити начас о начину одбране пред дисциплинском комисијом оног овлашћеног лица које је применило недопуштену меру. Лако је замислити да ће се бранити на начин да трудноћа осуђенице није била видљива, све да је и имао информације од лекара о постојању трудноће код те жене.

Дакле, у питању су специфична стања човека која се утврђују лекарским налазима (инвалидитет, болест, трудноћа), до те мере егзактна да појмовима попут „видљивости или невидљивости“ тог стања, апсолутно нема места.

Јасно мора бити назначено да овлашћено лице нема одобрење да примени меру принуде (осим физичке снаге) према осуђеној (и притвореној) жени која је у другом стању, без обзира да ли је њена трудноћа видљива или није, као што је ирелевантно да ли је управо том овлашћеном лицу трудноћа осуђене жене видљива или није. Довољно је да трудноћа постоји и да је утврђена лекарским налазом, што важи и за друге наведене облике стања здравља (болест или инвалидност).

Специфична и опет неразумљива питања из ове одредбе су она која се везују за старосну доб пасивног субјекта, јер није јасно на који начин овлашћено лице код питања забране мере принуде утврђује да ли је затвореник стар и да ли је то видљиво.

Није сасвим јасно ни како би лице млађе од 14 година дошло у ситуацију да према њему меру принуде примењује овлашћено лице у извршењу санкција, с обзиром да Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица[10] у члану 2. назива овакво лице дететом (у рубруму), а у тексту поменутог члана истиче да се лицу у овој животној доби (детету) не могу изрећи кривичне санкције, па ни применити било која мера из поменутог закона.

Закључак

Мере принуде нису једине мере које служе за одржавање реда и безбедности у установама за извршење кривичних санкција, али осетљивост њихове примене и неопходност прецизне и правилне уређености прописима произлази из карактера тих мера и „експлозивности“ њихове примене.

Због тог карактера, који садржи значајне елементе ретрибутивности и казне у казни, неопходно је са дужним опрезом приступати свеукупном уређења проблема, са посебним освртом на праксу земаља са високим нивоом достигнуте демократске свести.

С тим у вези, никада не треба заборавити да осим тренутне потребе заштите реда и безбедности (нарочито других затвореника) не постоји ни један ваљан разлог примене мера принуде, посебно не са некаквом намером одмазде или преваспитања по личним схватањима ових категорија. У свему је увек и само довољно поштовати прописе којима се уређује ова материја, а у случају да постоји дилема око примене појединих прописа, онда употребити онај који је блажи по пасивног субјекта ако се њиме може постићи сврха примене мере.

Међутим, ако мере принуде буду примењене, онда је најстроже забрањено крити њихову примену и лажно приказивати самоповреду, јер се тиме изазива још већа сумња у законитост поступања. Мере принуде нису ништа друго до законом предвиђена реакција на штетна понашања затвореника и њихова примена је у ствари законита службена радња која мора бити потпуно јасно и истинито представљена и о којој морају бити сачињени сви неопходни извештаји и предвиђени лекарски прегледи.

На крају остаје да у свему увек и само треба примењивати прописе до краја доследно и одговорно, а да би се прописи примењивали, произлази да их треба познавати. Познавањем прописа и њиховом применом

[10] „Службени гласник РС“ број 85/2005.

овлашћена лица ће свакако значајно допринети угледу државног органа и ојачању поштовања и ауторитета код лица лишених слободе.

Cvijetin Đorđić, Bachelor of Law,
a Specialist in the Suppression of Terrorism, Corruption and Organised Crime, and the Head of the General Affairs Department, Penal Correctional Institute, Padinska Skela, Belgrade

Summary

One of the highly sensitive issues related to the status of prisoners in Serbian (and certainly in other) prisons is the application of coercive measures on these persons, which is seen as necessary for maintaining the order and security level needed.
Regarding detention measures, the sensitivity of this issue is undoubtedly reflected in the constitutional and legal foundations of the presumption of innocence. Detention is a measure that is passed absolutely exceptionally and it only serves to ensure the presence of the accused and the unobstructed conduct of criminal proceedings. Not constituting a punishment (as nothing has been proven), detention ceases at the latest when the final decision has been issued on a legal matter; however, it is desirable for it to happen much earlier, i.e. as soon as the reasons detention was decided on cease to exist.
Consequently, a detainee is „never guilty“ (as often mentioned by the detainees themselves), as guilt is decided by a final verdict when the detained person receives the status of a convict. Therefore, a detainee is innocent until the opposite has been proven, thus the topic of applying coercive measures on a person considered innocent always represents a sensitive issue.
On the other hand, the imprisonment penalty represents a measured and exact proportionate response to socially detrimental behaviour on the part of the perpetrator of a criminal offence and every other punishment during the enforcement of that punishment is not issued by a court of law but by an administrative body upon its own evaluation. Based on these reasons and aiming to protect the fundamental human rights, this sensitive issue should be resolved through precise and clear regulations that prevent any arbitrariness in decision making; i.e. regulations that will be concerned exclusively with the protection of order and security in the application of coercive measures, whereby no extension of the reasons for the application of such measures is possible.

ПРИКАЗИ

Др Јелена Ђ. Лопичић Јанчић
адвокат из Београда

Ђорђе Игњатовић и Биљана Симеуновић-Патић: *Виктимологија*, (Београд, 2011, Правни факултет у Београду, стр. 173)

У издању Правног факултета из Београда и Досије студио из Београда, почетком 2011. године изашла је из штампе књига *Виктимологија*, чији су аутори др Ђорђе Игњатовић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду и др Биљана Симеуновић-Патић, доцент на Криминалистичко полицијској академији у Београду. Објављена је у угледној едицији „Crimen“, у којој је пре ње објављено седамнаест књига из области кривичног права и криминологије. Посебно је наглашено да је текст резултат рада на пројекту под називом Казнена реакција као кључни елемент правне државе који је финансирао Министарство науке Републике Србије. Рецензенти су угледни професори из три републике бивше СФРЈ: професори др Мирослав Ђорђевић, др Љупчо Арнаудовски, др Зоран Стојановић и др Горазд Мешко.

Књига садржи три дела. Први део, *Појмовно-концептуални оквир*, сачињен је од следећих делова: 1. О виктимологији, 2. Одређивање основних виктимолошких појмова, 3. Теорије у виктимологији, 4. Методологија виктимолошких истраживања. Други део *Феноменолошки аспект виктимизације* обухвата питања: 1. Подаци о виктимитету у Србији и 2. Основни

облици криминалне виктимизације. Трећи део *Реаговање на виктимизацију* чине: 1. Друштвени одговори и индивидуалне реакције на виктимизацију, 2. Потребе жртава, 3. Ефекти примарне виктимизације, 4. Секундарна виктимизација – контекст и фактори, 5. Накнада штете жртвама кривичних дела, 6. Помоћ и подршка жртвама, 7. Мере заштите од неких облика виктимитета у Србији, 8. Жртве и медији. На крају књиге дата је литература, као и резиме и садржај на енглеском језику.

Виктимологија као део криминологије који изучава жртве, као и њене односе са извршиоцима кривичних дела, настала је унутар криминологије 40-их година XX века. За настанак виктимологије заслужан је, поред осталих научника, Hans von Hentig са својим радом *Злочинац и његова жртва* 1948, године, затим Бењамин Менделсон који је употребио термин виктимологија на француском говорном подручју, а на енглеском је то учинио Фредрик Вердам 1949. године. Виктимологија се 70-их година XX века у неким државама издвојила као самостална дисциплина.

Врло брзо, она је добила присталице у читавом свету, тако да је већ 1979. године основано Светско виктимолошко друштво. У бившој СФРЈ је 1987. године основано Југословенско виктимолошко друштво, које је 1990. године почело да издаје и свој часопис под називом *Виктимологија*.

У Србији је 1997. године основано Виктимолошко друштво Србије, које издаје часопис Темида, који се бави виктимизацијом и људским правима. Иако се криминологија као наставни предмет предаје на правним факултетима у Србији већ више од четири деценије, ипак књига, монографија и систематских радова из ове области има релативно мало, тако да наша литературе заостаје за литературом САД, која се највише бави овом тематиком, као и за Немачком, Француском, Великом Британијом и Италијом, које су такође водеће у овој области. Ово се односи и на виктимологију, колико нам је познато, у српској литератури нема књиге, монографије или систематског рада који је обрадио виктимолошке проблеме.

Књига *Виктимологија* аутора Проф. др Ђорђа Игњатовића и др Биљане Симеуновић-Патић је прва монографија из ове области, што овој књизи даје посебан значај. У српској литератури постоји одређен број чланака, расправа, приказа и осврта из виктимологије, који су објављивани у периодичним публикацијама или зборницима радова. Међутим, и ови малобројни радови не обухватају основне, базичне и главне теме виктимологије. Ранијих деценија углавном је доминирало неколико тема, почев оне о женама жртвама кривичних дела, а у последње време то су актуелне теме којима се бави позитивно кривично законодав-

ство, жртвама насиља у породици и трговина људима. Изгледа као да не постоје жртве које су настале извршењем других кривичних дела. Чињеница је да су многе теме са виктимолошком проблематиком необрађене и неоправдано запостављене. Српска литература се мало и ретко бавила феноменологијом виктимитета, као и начином реаговања друштва и државе на криминалну виктимизацију.

Ова књига, иако релативно малог обима, управо даје одговоре на основна питања виктимологије, као и на феноменологију виктимитета и начина реаговања друштва и државе на криминалну виктимизацију. Овакав начин обраде материје виктимологије представља несумњиво потпуно оригиналну концепцију и приступ аутора, који нема узора не само у нашој литератури, него и у страној.

Разматрајући књигу *Виктимологија* аутора Проф. др Ђорђа Игњатовића и др Биљане Симеуновић-Патић можемо констатовати да је проблематика виктимологије систематски обрађена, и то од самог настанка и развоја, предмета, задатака и одређивања основних виктимолошких појмова. Обрађене су критички теорије у виктимологији, почев од настанака па до савремених теорија. Посвећена је и посебна пажња методологији виктимолошких истраживања, што је посебно значајно за практичаре. Свакако, најинтересантнији део у књизи, по нашем мишљењу, представља поглавље Феноменолошки аспект виктимизације, у којем су обрађени подаци о виктимитету у Србији, а затим детаљније основни облици криминалне виктимизације. У том делу рада обрађени су жртве насилничког криминалитета (почев од убистава, сексуалних деликата и насиља у породици и према неким другим категоријама жртава), затим жртве имовинских кривичних дела, жртве криминалитета у саобраћају као и посебни облици виктимизације (отмице, злочини мржње, на раду и виктимолошки аспект прогањања). Напомињемо да феноменолошки аспект виктимизације, који је обрађен у књизи, у нашој литератури до сада није на овакав целовит и систематски начин презентован и зато заслужује пуно признање и похвалу.

У књизи су поред осталог наведени разни домаћи законски текстови, документи и прописи, међународне конвенције и документи, који се односе на материју виктимологије, као и примери из праксе. Ово је значајно за кориснике ове књиге да на једном месту могу да се упознају за законским текстовима из ове материје. Књига је написана прегледно, концизно и јасним и разумљивим језиком. Аутори су навели обимну и селективну домаћу и страну литературу из виктимологије, ово је први пут код нас да се у једној књизи налази селективна литература из ове области.

Иако је монографија *Виктимологија* првенствено намењена студентима правних факултета, као и других факултета и високошколских установа на којима се као наставни предмет изучавају криминологија и виктимологија, ова књига је незаобилазан приручник и за све научнике и практичаре који се баве или проучавају проблеме криминалитета. Чини се да је значајна, пре свега, за оне који су укључени у процесе помоћи жртвама, који су у свету почели да се примењују последњих деценија прошлог века, и то од тренутка када се схватило да је остварење ефикасне контроле злочина немогуће без учешћа до тада занемареног актера – жртве, од које се раније очекивало само да пријави дело и препусти да субјекти казнене реакције без њеног учешћа и „у њено име“ успоставе нарушени правни поредак.

На крају овог кратког приказа, са сигурношћу констатујемо да је књига *Виктимологија* аутора проф. др Ђорђе Игњатовића и др Биљане Симеуновић-Патић вредна и корисна књига и да је попунила празнину која је деценијама постојала у српској литератури у материји виктимологије. Она представља значајан допринос науци и пракси у проучавању ове области.

Др Недељко Јованчевић
адвокат из Београда

Прим. др Гаврило Шћепановић, проф. др Здравко Петровић, проф. др Зоран Станковић и сарадници

Судскомедицинско вештачење нематеријалне штете

(ЈП „Службени гласник“, Правни факултет Универзитета „Унион“, Уредник: Јовица Тркуља)

Књига је писана јасним стилом и биће разумљива и приступачна и особама ван медицинске струке, првенствено правницима – судијама, тужиоцима и адвокатима који учествују у грађанско-правном решавању случајева у којима су последице повреда и обољења предмет судског разматрања.

Књига представља значајан допринос не само медицинској, већ и правној литератури код нас. Овакво дело је значајно зато што код нас до сада није написана књига која на овако свеобухватан начин обрађује све значајне проблеме из области вештачења. Посебна вредност ове књиге је у томе што у 50 обрађених тема даје складан спој неопходних теоријских разматрања и јасних смерница за практично обављање вештачења.

Судско-медицинска вештачења захтевају од лекара-вештака добро познавање законске регулативе из ове области, висок ниво стручног знања и апсолутно поштовање високих принципа професионалне етике, људског достојанства, интегритета, слободе и права личности и чувања медицинске тајне.

Због недостатка организоване едукације вештака, непостојања стандарда те непознавања елементарних правила процесног права и других

законских норматива, дуго времена постоји незадовољство судова са улогом вештака.

Књига *Судскомедицинско вештачење нематеријалне штете* указаће читаоцима да је битан услов доброг вештачења вештина комуникације на релацији медицине и права. Вештак мора да располаже не само знањима већ и одређеним вештинама да сложену материју, каква је медицина, прилагоди амбијенту суднице, да она буде разумљива свим присутним особама различитог степена образовања, укључујући и академска, али који су лаици са аспекта медицинске науке.

Вештачење неимовинске штете захтева велико познавање медицинске проблематике из ове области и добру стручну утемељеност, као и познавање медицинских чињеница везаних за ток лечења и рехабилитације. Вештак треба да има велико искуство у процени настанка трајних и привремених органских и психичких последица и њихових најчешћих појавних облика. При свему томе је посебно значајна добра анализа конкретних околности у појединим случајевима и избегавање свих непотребних шаблона и уопштавања.

Ова књига свеобухватно приказује медицински и правни приступ вештачењу нематеријалне штете.

Циљ књиге је да вештаку објасни правилан приступ квалитетном медицинском вештачењу и како да у свом мишљењу изнесе важне чињенице: *квалификацију телесне повреде, узрочно-последичну везу штетног догађаја и повреде, утицај претходних повреда и обољења оштећеног, утицај примењених начина лечења, како да изврши објективизацију трајних последица и на крају све податке да примени у видове нематеријалне штете који се траже.*

Књига има три поглавља. Обрађено је 50 тема. Написали су их 44 аутора и то: 31 лекар, 8 правника, 2 стоматолога и 2 психолога.

У *општем делу* се износе основна знања везана за последице повреда и за видове нематеријалне штете са медицинског аспекта. У текстовима више аутора се расправља о лекару као вештаку, о етичким проблемима судско-медицинског вештачења и техници извођења вештачења и о значају медицинске документације. Такође, описана је методологија судско-медицинског вештачења у парничном поступку, што ће у многоме олакшати вештацима презентовање медицинског знања, односно медицинске истине пред судом.

Други део књиге представља вештачење нематеријалне штете у сфери разматрања последица краниоцеребралних повреда, повреда кичмене мождине и периферних нерава, лица, уста и зуба, затим органа вида, ува, грла и носа, затим последица торакоабдоминалних повреда, повре-

да екстремитета, кичменог стуба, карличног појаса, термичке повреде, последице од психоактивних супстанци и токсиколошких тровања, као и теме из поморске медицине и медицине рада, радиологије, педијатрије, а такође и више тема из неурологије, психијатрије и психологије.

У трећем поглављу су правна разматрања накнаде нематеријалне штете. У овом делу су наши познати адвокати и судије дали правни приступ медицинском вештачењу у парничном поступку.

Наши еминентни лекари и правници у стручним радовима и слободним темама, направили су успешан спој медицинске и правне науке. Разлог што су се Медицина и Право још у далекој прошлости тако брзо сусрели и тако блиско уплели јесте тај што имају исти предмет интересовања, а то је човеково здравље.

Очекујемо да ће књига олакшати вештацима да се снађу пред судом у улози вештака, а судијама и адвокатима омогућити постављање правих питања вештацима. Читалац ове књиге треба да има солидно претходно знање, као полазну основу за схватање и правилну примену различитих детаља у обрађеним темама.

Аутори ове књиге су желели да судским вештацима приближе знања која су неопходна у медицинском вештачењу о правима која њихови болесници могу остварити на суду и знања о законској регулативи. Књига је намењена, пре свега, лекарима клиничарима који вештаче у парничном поступку. Није довољно да је неко добар хирург или неуропсихијатар и да добро познаје своју специјалност, већ да би то могао да искористи и покаже пред судом, он мора добро да познаје методе судског вештачења и бар неке основне поставке правне науке. Када лекар преузима улогу судско-медицинског вештака, мора бити свестан да ступа у област супротно заинтересованих страна, где се води борба свим могућим, допуштеним и недопуштеним средствима.

Књига *Судскомедицинско вештачење нематеријалне штете* представља комплексно виђење проблема нематеријалне штете са аспекта различитих медицинских специјалности, од стране стручњака који имају највећа искуства у овој области, а својим текстовима су заокружили медицинску анализу ове проблематике и понудили конкретна решења. Правна разматрања нематеријалне штете сублимишу искуства и ставове правних стручњака, који ове експертизе користе у судским поступцима и имају јасни увид у њихове правне консеквенце.

Сврха књиге је да уреди важну област вештачења нематеријалне штете и да допринесе стварању уравнотежених међуљудских односа и амбијента за целокупни убрзани развој нашег друштва.

Рад лекара вештака није усмерен на унапређење здравља болесника, већ на остваривање права која су везана за оштећења здравља. Лекар вештак утврђује медицинске чињенице које могу имати правни значај, чиме представља спону између медицине и права, а ефекти те споне задиру и у сфере финансија.

Тема часописа:

– Законодавна динамика у области кривичног и грађанског права, нови закони, измене, допуне...

– Хашки Трибунал

ОБАВЕШТЕЊЕ САРАДНИЦИМА

Уређивачки одбор часописа „Бранич“ моли своје сараднике да текстове за објављивање достављају уважавајући следеће напомене:

– Име, презиме, звање и занимање аутора исписати у левом углу прве странице, изнад наслова – у прилозима за рубрике: *Чланци, Коментари* и *Расправе;* за рубрику *Прикази* и остале рубрике податке исписати на крају текста.

– Радове куцати са таквим проредом да на страници има око 28 куцаних редова, са око 60 словних места у реду (страница треба да садржи око 1.800 знакова).

– *Обим радова*: за **чланке** не би требало да прелази 15 страница, за **коментаре** и **расправе** 10, а за остале прилоге 6 стр.

– Рукописе слати у ћириличном писму, у противном, речи које треба да буду штампане латиницом – подвући линијом (обавезно).

– Фусноте треба да садрже следеће податаке, наведене овим редом: име и презиме аутора, назив дела, часописа или књиге, број тома ако постоји, место и година издања, број странице (скраћено стр.); када се исто дело цитира користе се скраћенице Ibid. или op. cit.

– Радове треба потписати и приложити адресу, e-mail и телефон за контакт.

– Код радова – чланака обавезно сачинити САЖЕТАК на српском (испод наслова); такође, обавезно сажетак треба да буде преведен и на један од светских језика, не дуже од једне половине куцане стране.

Уједно се обавештавају сарадници да се радови, објављени или необјављени, не враћају.

Уређивачки одбор